Die Revision wegen eines das Verfahren betreffenden Mangels.

Inaugural-Dissertation,
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von

Max Hofmann
aus München.

Approbiert am 8. 1. 1937.

19 NOLTE 37

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Referent: Univ.-Professor Dr. Köhler.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

Literatur-Verzeichnis.

Arold: Die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, Erlanger Dissertation 1935.
v. Beling: Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, in der Festschrift für Binding 1911 (zit. „Revision").
— Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin-Leipzig 1928.
Birkmeyer: Deutsches Strafprozeßrecht, Berlin 1898.
Bouvier: Die Rechtsnormen über das Verfahren im Sine des § 380 StPO, Rostocker Dissertation 1914.
Dochow: Der Reichsstrafprozeß, Berlin 1879.
Graf Dohna: Das Strafverfahren, Berlin 1925/29.
Doerr: Strafprozeßordnung, 15. Aufl., München 1935.
Feisenberger: StPO und GVG, 1926.
Gerland: Der deutsche Strafprozeß, Tübingen 1927.
Hegler: Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß, Rechtsgang I.
Hahn: Die gesamten Materialien zur RStPO, Berlin 1880.
Hipp: Berufung und Revision, Heidelberger Diss. 1910.
v. Holtzendorff: Handbuch des deutschen Strafprozeßrechtes, 1880.
Jaeger: Einlegung und Begründung der Revision im deutschen Strafprozeß. Würzburger Diss. 1929.
Kautter: Feststellung prozessual erheblicher Tatsachen im Strafprozeß. Tübinger Diss. 1913.
Kohlrausch: StPO, 24. Aufl., Berlin 1926.
v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozesses, Freiburg 1892.
— Die Rechtsmittel des ZP und StP nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze, Breslau 1880.
Lüdtke: Die absoluten Revisionsgründe des § 338 StPO, Würzburger Diss. 1927.
Löwe-Rosenberg: StPO, 19. Aufl., Berlin 1935/36.
Neukamp: Das Rechtsmittel der Revision, 1913.
Pohle: Revision und neues Strafrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 1930.
Oetker-Glaser: Handbuch des Strafprozeßrechtes I—III, Leipzig 1907.
Oetker: Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart.
Reichhold: Die Revision aus prozessualen Gründen in der RStPO, Würzburger Diss. 1927.
Schwarz: StPO, 4. Aufl., 1935, München.
v. Schwarze: StPO, Leipzig 1879.
Stenglein: StPO, 3. Aufl., München 1898.
Stein: Das private Wissen des Richters, Leipzig 1893.
Steuerlein: Die strafprozessuale Revision, Tübinger Diss. 1935.
Stühler Revision im Strafprozeß, Erlanger Diss. 1916.
Voitus: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1877.
Entscheidungen des RG in Strafsachen (zit. RGSt.)
Juristische Wochenschrift (zit. JW)
Der Gerichtssaal (zit. GS)
Deutsche Juristenzeitung (zit. DJZ)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zit. ZStW)
Deutsche Richterzeitung (zit. DRZ)
Juristische Rundschau — höchstricherliche Rechtsprechung (zit. HRR)
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern
Goltdammers Archiv (zit. GA)
Der Rechtsgang

Einleitung.

Es ist angebracht, in der Einleitung einer Arbeit, die einen Ausschnitt aus dem Rechte der Rechtsmittel zum Gegenstand hat, kurz die Frage zu berühren, warum der Staat die Anfechtung einer von seinen Gerichten gefällten Entscheidung zuläßt.

Im heutigen Strafprozeß gilt das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung [1]), d. h. das Gericht ist verpflichtet, dem Sachverhalt mit historischer Treue nachzugehen. Es gilt der Grundsatz der Gerechtigkeit. Ergeht ein Spruch, ein Urteil, so soll durch dieses festgestellt sein, daß sich die Tatsachen so zugetragen haben, wie sie in der gerichtlichen Entscheidung niedergelegt sind, und daß sie die und die Rechtsfolge auszulösen imstande ist. Das Urteil des Strafgerichtes soll ein wahrhaft gerechtes sein. Wenn diese Idee, deren Verwirklichung das Strafverfahren erstrebt, mit dem Erlaß des Strafurteils erreicht würde, so würde ohne Bedenken jedes Stafurteil sofort in Rechtskraft übergehen und unanfechtbar vollstreckt werden können. Allein auch die Strafrechtspflege bewegt sich innerhalb der Schranken unvollkommener menschlicher Kräfte und Bestrebungen. Aus dieser Erkenntnis heraus rechtfertigt es sich, wenn der Staat in seiner Rechtsordnung es bei einer Entscheidung nicht bewenden läßt, vielmehr manche Erkenntnisse, die mehr oder weniger in die Lebensverhältnisse der Parteien eingreifen, für anfechtbar erklärt. Trotz dieser Möglichkeit der Anfechtung behält aber das Urteil des Unterrichters die Vermutung der Richtigkeit für sich. Es ist nicht so, daß der Staat durch diese Anfechtbarkeit ein Mißtrauen gegen den Unterrichter aussprechen will und ihn für nicht gründlich hält. Durch die Möglichkeit der Anfechtung will der Staat der verurteilten Partei lediglich einen Weg an die Hand geben, neue Beweise für ihre Nichtschuld vorzubringen.

Vorliegender Abhandlung ist es nun zur Aufgabe gestellt, die Revision wegen eines das Verfahren betreffenden Mangels einer genaueren Untersuchung zu unterziehen. Dabei wurde im allgemeinen Teil nur das Notwendigste, was zum Verständnis des besonderen Teils nötig ist, gebracht. Das Hauptaugenmerk wurde auf die Ausführungen über die Besonderheiten der Revision wegen eines Verfahrensmangels gelegt.

Mir scheint dieses Beginnen deshalb gerechtfertigt, weil dieses Thema bis jetzt nur in drei Einzeldarstellungen [2]) Behandlung gefunden hat. Diese Arbeiten sind einerseits durch die neueren Gesetze der letzten

1) § 244 Abs. 2 eingef. dch. Ges. v. 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 844).

2) Vgl. Beling, Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren in der Festschrift für Binding, 1911; Reichhold, Die Revision aus prozessualen Gründen, Würzb. Diss. 1927; Arold, Die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren, Erlang. Diss. 1935.

Jahre in mehreren Punkten überholt, andererseits unterlassen sie es, die eigentliche Kernfrage mit Rücksicht auf ihren sonstigen Inhalt genauer zu behandeln. Im übrigen findet dieses für die Rechtspflege eines Staates so außerordentlich wichtige Rechtsinstitut nur in den Lehr- und Erläuterungsbüchern über das Strafverfahrensrecht oder in Abhandlungen über Rechtsmittel, in Anbetracht seiner Wichtigkeit aber nur sehr unzureichende Beachtung.

I. Teil.

Kurze Darstellung allgemeiner für die Revision wichtiger Materien.

§ 1.

Materielle und prozessuale Rechtsnormen.

Eine Gegenüberstellung der Vorschriften des § 7 EGStPO und der Abs. 1 und 2 des § 337 StPO ergibt, daß die für die Revision außerordentlich wichtigen Begriffe „Gesetz" und „Rechtsnorm" die gleiche Bedeutung besitzen. Die Motive [3]) sagen hiezu, daß „Rechtsnorm" im weitesten Sinne zu verstehen ist. Trotz der Bemerkung der Motive, daß es gleichgültig ist für den Charakter einer Vorschrift als Rechtsnorm, ob sie dem materiellen oder prozessualen Rechte angehört und trotz der zusammenfassenden Vorschrift des § 337 StPO macht das Gesetz einen tiefgreifenden Unterschied hinsichtlich der Rechtsfolgen bei Verletzung materiellen und prozessualen Rechts. Für die abstrakte Begründung der Revision läßt die StPO eine Rechtsnormverletzung, auf der das Urteil beruht, genügen. Wie aber die Revision im konkreten Falle dann zu behandeln ist, soll sich je nach der Art der verletzten Rechtsnorm entscheiden.

Diese Überlegung gibt Anlaß, den für die Revision wegen eines das Verfahren betreffenden Mangels bedeutsamen Unterschied zwischen materiellen oder, wie das Gesetz sagt, „anderen Rechtsnormen" und prozessualen Rechtsnormen, der in den Vorschriften der §§ (340) 344, 352 StPO gesetzlich festgelegt ist, näher darzulegen. Der Ausdruck „Rechtsnorm über das Verfahren" bedeutet in den genannten Bestimmungen jedesmal das gleiche [4]). § 344 Abs. 2 und 352 Abs. 1 StPO stehen in gegenseitiger Beziehung. Sie betreffen beide in bestimmten Vorschriften „die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren". § 344 Abs. 2 wendet sich an den „Rechtsmittelwerber" [5]), § 352 Abs. 1 an den Revisionsrichter. Während § 344 Abs. 2 bestimmt, wie der Rechtsmittelwerber die „Verfahrensrüge" zu gestalten hat, schreibt § 352 Abs. 1 vor, daß der Revisionsrichter im Falle einer Rüge, die Verletzung einer

3) Hahn, Mat. I S. 251. RGSt. 46, 44.
4) Ebenso Reichhold a.a.O. S. 15.
5) Vgl. Beling, Deutsches Strafprozeßrecht, S. 332.

Rechtsnorm über das Verfahren behauptet, nur die vom Rechtsmittelwerber vorgebrachten Tatsachen auf ihre Mangelhaftigkeit hin zu prüfen hat. Beide Vorschriften ergänzen sich; die eine kann ohne die andere nicht bestehen. Es wäre demnach widersinnig, in jedem Paragraphen der Bezeichnung „Rechtsnorm über das Verfahren" eine andere Bedeutung beizulegen.

Wann liegt nun eine „materielle Rechtsnorm" oder „andere Rechtsnorm" vor und wann hat man es mit einer „prozessualen Rechtsnorm" zu tun? Das Gesetz stellt beide Begriffe gegenüber, gibt aber hinsichtlich ihrer Unterscheidungsmerkmale keine näheren Anhaltspunkte. Auch seine Materialien geben hierüber keinen Aufschluß. Als einziger brauchbarer Unterscheidungsmaßstab kommt nur der Sinn und Zweck einer Vorschrift in Frage, solange eine Unterscheidung zwischen materiellem und prozessualem Recht erforderlich ist. Die materiellrechtlichen Rechtsnormen haben es mit der Materie zu tun, also mit dem Stoff, der einer zukünftigen vom Gericht zu erlassenden Entscheidung zugrunde liegen soll. Den Stoff zu dieser Entscheidung geben aber die mannigfachen sich im Leben abspielenden Vorgänge, die „Lebenskonkreta"; sie entstehen aus den gegenseitigen Beziehungen der Menschen, der Gesellschaft und des Staates zueinander. Wie diese Lebensbeziehungen sich abspielen sollen und wie sie im Falle ihrer Störung durch den Richter zu regeln sind, bestimmt das materielle Recht. Sein Zweck ist also Aufrechterhaltung und Sicherung dieser Beziehungen. Seine Vorschriften befassen sich also jedenfalls nicht mit dem Verfahren. Dieses ist dem Prozeßrecht vorbehalten. Ihm ist die Aufgabe zugewiesen, den Weg zu zeigen, auf dem am schnellsten und sichersten die ursprünglichen, vom materiellen Rechte gutgeheißenen Lebensverhältnisse wieder hergestellt werden können. Es enthält diejenigen Bestimmungen, die besagen, wie der Richter im Falle einer Störung der Lebensbeziehungen zweier Parteien zu verfahren hat, um diese wieder in geordnete Bahnen zu bringen. Das Verfahrensrecht verleiht also dem materiellen Rechte erst die nötige Geltungskraft. Damit ist aber nicht gesagt, daß das Prozeßrecht neben dem materiellen Rechte gleichgeordnet stehe. Das materielle Recht ist logisch das primäre. Dieses kann ohne Prozeßrecht bestehen; dies würde dann der Fall sein, wenn die Verwirklichung des materiellen Rechtes der Selbsthilfe der Einzelnen überlassen wäre. Heute ist allerdings das materielle Recht auf das Prozeßrecht angewiesen. Das Prozeßrecht dagegen hat ohne Zuhilfenahme des materiellen Rechtes keine Daseinsberechtigung. Seine Bestimmungen würden ins Leere treffen [6]). Auch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsrechtes gehören zu den verfahrensrechtlichen Normen [7]); denn ihnen ist vorbehalten, die Einrichtungen zu bestimmen, mit denen der Prozeß erst abgewickelt werden soll. Sie ermöglichen erst das Zustandekommen des Prozesses. In dieser Eigenschaft gehören sie jedenfalls nicht zu den materiellrechtlichen Vorschriften, da sie mit der Regelung der Lebensbeziehungen der Menschen nichts zu tun haben.

---

6) Beling a.a.O. S. 7.
7) Ebenso Reichhold a.a.O. § 9.

Streit besteht hinsichtlich der Zuteilung der Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhindernisse in eines der beiden genannten Gebiete. Von ihnen hängt es ab, ob das einzuleitende Verfahren ein ordnungsmäßiges ist oder nicht. Sie haben es deshalb ausschließlich mit dem „Wie" des Strafverfahrens zu tun, auf das „Ob" desselben üben sie keinerlei Einfluß aus. Sie besitzen also ausgesprochen verfahrensrechtliche Natur und betreffen die förmliche Seite des Prozesses. Die Ansicht, daß ihnen daneben noch eine Bedeutung auf dem materiellen Rechtsgebiete zukommt, ist abzulehnen.

Die sog. gemischten Rechtsnormen.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich zweifelsfrei, daß der Gehalt und Zweck des materiellen Rechtes ein ganz anderer ist, als der des Verfahrensrechtes. Hieraus erhellt die Unrichtigkeit der Ansicht, als ob ein Rechtssatz gleichzeitig beiden Rechtsteilen angehören könne. Alle vom Schrifttum und der Rechtsprechung unternommenen Versuche, sog. „Rechtssätze gemischten Charakters" zu finden, waren von vornherein zum Scheitern verurteilt. Es ist nicht möglich und nicht denkbar, daß eine Bestimmung gleichzeitig die eine und die andere Natur hat [8]). Wohl kann eine Bestimmung bald die eine, bald die andere Bedeutung haben, je nachdem, wie man sie versteht. Aber gleichzeitig materiell- und verfahrensrechtlichen Inhalt haben kann eine Bestimmung nicht. Ein Rechtssatz, der sowohl den Strafanspruch des Staates wie auch dessen prozessuale Durchführung betrifft, ist, abgesehen von der Schwierigkeit seiner gesetzlichen Fassung, rechtlich nicht möglich.

Denkbar ist, daß ein und derselbe Umstand sowohl eine materiellrechtliche, wie auch eine verfahrensrechtliche Rechtsfolge auslöst. In diesem Falle haben wir es aber nicht mit einem Rechtssatz gemischten Charakters, sondern mit zwei vollkommen voneinander verschiedenen Rechtssätzen zu tun. Eine Bestimmung kann auch einerseits das Entstehen, Bestehen und Untergehen eines Strafanspruches betreffen und sich gleichzeitig auf die Durchführung desselben beziehen [9]). Auch in diesem Falle liegen zwei Rechtssätze vor.

Eine „gemischte Rechtsnorm" liegt selbstverständlich auch in dem Falle nicht vor, wenn sich in einem Paragraphen Bestimmungen mit verschiedenrechtlicher Natur befinden. Dies mag seinen Grund in der Gesetzestechnik haben. Aber es sind lediglich verschiedene Bestimmungen vorhanden, die selbstverständlich auch verschieden zu behandeln sind. „Die wissenschaftliche Systematik hat diesen „gemischten Charakter" der bloßen „Gesetzesstelle" dahin aufzulösen, daß von den beiden äußerlich vereinigten Rechtssätzen ein jeder mit seiner Funktion klar herausgearbeitet würde" [10]).

Das Reichsgericht hat in der Behandlung der Rechtssätze „gemischten Charakters" eine Änderung seiner Rechtsauffassung eintreten lassen.

8) Ebenso Damm ZStW 36, 339.
9) Damm a.a.O.
10) Beling a.a.O. S. 6.

Dies hat besondere Bedeutung erlangt für die hauptsächlichst zur Anwendung kommenden Bestimmungen über den Strafantrag, die Verjährung und die Rechtskraft. Das Reichsgericht prüft nun nicht mehr, ob diese Institute auf materiellem oder verfahrensrechtlichem Gebiete liegen oder ob sie gemischten Charakters sind, sondern es ist nunmehr der Ansicht, daß sie als Tatsachen, die die Einleitung und Durchführung des Verfahrens bedingen, bezw. ihm entgegenstehen, in jeder Verfahrenslage von Amtswegen zu berücksichtigen sind, da es sich insoweit um die Zulässigkeit des eigenen Verfahrens handelt. Diese Meinung hat das Reichsgericht für den Strafantrag [11]), für die Verjährung [12]) und für die Rechtskraft [13]) ausdrücklich ausgesprochen. Selbst wenn keine entsprechende Verfahrensrüge vorliegt, tritt nunmehr das Reichsgericht in eine Prüfung dahin ein, ob die entsprechende Verfahrensvoraussetzung vorliegt. Damit ist insbesondere die vom Reichsgericht verfolgte unrichtige Lehre von der „Doppelnatur der Rechtskraft" endgültig erledigt [14]).

§ 2.

Der Kausalzusammenhang.

Auslegung des Begriffes des „Beruhens".

Der Satz, daß jedes Urteil, das aus einem mangelhaften Verfahren entstanden ist, aufzuheben ist, würde in seiner Allgemeinheit zu dem Ergebnis führen, daß ein Urteil wegen Verletzung irgendeiner unbedeutenden Vorschrift aufgehoben werden muß, mit dem Erfolg, daß nach erneut durchgeführter Verhandlung wieder das gleiche, von Anfang an richtige Urteil erlassen werden müßte. Wenn es auch der Staat in seiner Rechtspflege nicht zulassen kann, daß eine richterliche Entscheidung bestehen bleibt, die eine Gesetzesverletzung enthält, so würde es eine Überspannung des Erfordernisses der Rechtssicherheit bedeuten, wenn die geringste Gesetzesverletzung der Anlaß dazu sein sollte, ein materiell durchaus gerechtes Urteil ihretwegen zu vernichten. § 337 Abs. 1 StPO bestimmt deshalb, daß das Urteil auf der Gesetzesverletzung b e r u h e n müsse. Die Motive [15]) sagen: „Als Erfordernis für den Erfolg der Revision wird im § 337 aufgestellt, daß ein Zusammenhang zwischen der begangenen Gesetzesverletzung und der Entscheidung besteht."

Die Anwendung dieser Sätze verursacht keine Schwierigkeiten, soweit die Verletzung einer materiellen Rechtsnorm gerügt wird; in diesem Falle läßt sich der Einfluß der Gesetzesverletzung auf die Entscheidung aus deren Gründen ersehen. Anders und schwieriger gestaltet sich die Prüfung, ob

---

11) HRR 1934, 440.
12) JW 1930, S. 3421 Nr. 37.
13) RGSt. 68, 18; 67, 55, 59; 66, 173, 419.
14) Vgl. hierzu Beling, „Revision" S. 89 und GA 63, 170.
15) **Hahn, Mat. I S. 212.**

das Urteil auf der begangenen Gesetzesverletzung beruht, wenn die Verletzung einer prozeßrechtlichen Norm gerügt wird. Es läßt sich hier von vornherein nicht feststellen, — eine zu Unrecht nicht erfolgte Beeidigung des Zeugen — wie ohne Rechtsverletzung entschieden worden wäre.

Keiner weiteren Erwähnung bedarf es, daß der Begriff „beruhen" nicht der sein kann, wie er im gewöhnlichen Sprachgebrauch Verwendung findet. Die rein äußerliche Beziehung kann nicht entscheidend sein; denn diese ist schlechthin immer vorhanden. Auch die gewöhnlichen Kausalitätstheorien des Zivil- und Strafrechts können nicht zur Erklärung des Begriffes herangezogen werden [16]). Vielmehr zeigt die Entstehungsgeschichte des § 337 den Weg, der zu gehen ist, will man den Begriff des „Beruhens" brauchbar zerlegen und deuten. Der Reichstagskommission lag ein Antrag vor, der die Klärung des Kausalzusammenhangs zwischen der Gesetzesverletzung und dem Urteil zum Gegenstande hatte. Er lautete: „Wegen Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren ist das Urteil als auf einer Verletzung beruhend anzusehen, wenn die Annahme nicht ausgeschlossen ist, daß die Beachtung der Rechtsnorm zu einer anderen Entscheidung geführt haben würde." Dieser Antrag verfiel der Ablehnüng, nachdem der Regierungsvertreter hierzu äußerte, daß die Fassung des Antrages die Annahme nahelege, der Revisionsführer habe den Zusammenhang der Gesetzesverletzung mit dem Urteil nachzuweisen. Dies sei aber nicht richtig, vielmehr habe der Revisionsrichter das Vorhandensein dieses Zusammenhangs nach freiem Ermessen zu prüfen und das Urteil schon dann aufzuheben, wenn das Gericht auch nur zu einer Vermutung des Zusammenhangs gelange [17]). Der Antrag wurde in seiner Fassung vom Regierungsvertreter falsch verstanden. Nicht eine Beweislast sollte dem Revisionswerber auferlegt werden, vielmehr sollte dem Revisionsrichter die Feststellung des erforderlichen Einflusses der Gesetzesverletzung auf das Urteil erleichtert werden. Folgende Überlegung war hierbei maßgebend. Ist eine prozeßrechtliche Norm verletzt, so ist es zweifelhaft, ob das Urteil ohne den Verstoß ebenso ausgefallen wäre. Wenn das Gericht aber an der Richtigkeit eines unteren Urteils wegen eines Verstoßes zweifelt, soll es das verurteilende oder freisprechende Urteil nicht bestätigen müssen. Ist also eine — ausgenommen die Vorschriften des § 338 StPO — Verfahrensvorschrift verletzt, so hat die Aufhebung des Urteils schon dann zu geschehen, wenn die Möglichkeit besteht, daß das Urteil auf dem prozessualen Verstoß beruht, wenn nach Lage der Sache „die Annahme nicht ausgeschlossen ist, daß die Beobachtung der Rechtsnormen zu einer anderen Entscheidung geführt haben würde" [18]). Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag hätte das

16) Vgl. hierzu bes. Arold a.a.O. S. 24 ff.

17) Hahn, Mat. Prot. S. 584 ff.

18) Ebenso Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, S. 714. — v. Kries, Lehrb. d. deutschen Strafprozeßrechtes, S. 672. — Gerland, Der deutsche Strafprozeß, S. 420. — Beling, Deutsches Strafprozeßrecht, S. 423. — RGSt. 44, 345; 43, 299; 42, 95. — a. A. v. Kries, Die Rechtsmittel des Zivil- und Strafprozesses, S. 221. — Binding, Grundriß des deutschen Strafprozeßrechtes, S. 272.

Richtige getroffen, wäre er Gesetz geworden. Da dies aber nicht der Fall ist, fordert es die Gerechtigkeit und das Interesse des Staates an der Reinerhaltung der Rechtsprechung von möglicherweise fehlerhaften Urteilen, den Begriff „beruhen" in diesem Sinne auszulegen. Ob in dieser Auslegung ein neuer Kausalitätsbegriff [19]) zu finden ist, soll hier nicht weiter untersucht werden.

Anders verhält es sich mit den Vorschriften des § 338 StPO. Darüber siehe den nächsten Abschnitt der Abhandlung.

§ 3.

Die absoluten Revisionsgründe, die Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen und ihre Bedeutung für die Revision wegen eines das Verfahren betreffenden Mangels.

Der § 338 Ziff. 1—8 StPO enthält besondere Revisionsgründe. Sie unterscheiden sich von den sog. relativen Revisionsgründen des § 337 StPO dadurch, daß sie bei Verletzung einer in dem Verzeichnis des § 338 aufgezählten Vorschrift die Aufhebung des Urteils als notwendige Folge haben. Der Kausalzusammenhang ist im konkreten Falle nicht besonders zu prüfen, sondern es ist kraft gesetzlicher Vorschrift, sobald die Gesetzesverletzung feststeht, auch der Kausalzusammenhang dieser mit dem Urteil festgestellt. Das Urteil ist bei Verletzung einer derartigen Vorschrift selbst dann als nichtig aufzuheben, wenn es auf der Gesetzesverletzung nicht beruht, sog. absolute oder zwingende oder unbedingte Revisionsgründe. Ein Gegenbeweis gegen die in § 338 aufgestellte Vermutung ist nicht zulässig.

Die Aufzählung der absoluten Revisionsgründe in § 338 ist indessen nicht erschöpfend [20]). Neben den ausdrücklich angeführten Vorschriften, die sich inhaltlich teils als Prozeß- (§ 338 Ziff. 4), teils als Urteilsvoraussetzungen (§ 338 Ziff. 1, 2, 3, 5, 6) darstellen, gibt es noch weitere Fälle, welche genau dieselben Wirkungen haben, bei denen sich also ebenfalls eine Nachprüfung durch den Revisionsrichter hinsichtlich der Möglichkeit des Einflusses der Gesetzesverletzung auf den Inhalt des Urteils erübrigt. Sie erscheinen ebenfalls als Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen. Gesetzlich festgelegt sind diese in dem geltenden Strafverfahrensrecht zwar nicht. Gleichwohl werden sie in Theorie und Praxis des Strafverfahrens allgemein zur Anwendung gebracht [21]). Ein fester, einheitlicher Begriff hat sich bis jetzt noch nicht herausgebildet. Es ist hier nicht der Ort, auf die bestehenden Meinungsverschiedenheiten näher einzugehen und zu ihnen Stellung zu nehmen. Das Reichsgericht bejaht zwar das Vorhandensein

---

19) Reichhold, a.a.O., S. 23.
20) A. M. Gerland, a.a.O., S. 421, Anm 266.
21) Vgl. Oetker, GS Bd. 104, S. 85; Beling, a.a.O., S. 101; Gerland a.a.O., S. 5 und 6; Birkmeyer a.a.O., S. 562, 563.

von Verfahrensvoraussetzungen, vertritt aber jetzt die Ansicht [22]), daß ein Unterschied in den Verfahrensvoraussetzungen nicht mehr zu machen sei, weil es sich bei Untersuchung der Frage, ob eine Verfahrensvoraussetzung gegeben sei, vor allem darum handle, ob das Revisionsgericht berechtigt sei, in der Sache selbst zu entscheiden. Trotz dieses Standpunktes des höchsten deutschen Gerichtshofes scheint eine Unterscheidung auf dem Gebiete der Voraussetzungen für das Verfahren insbesondere für den Zeitpunkt ihres Vorliegens in der unteren Instanz nicht ganz ungerechtfertigt zu sein.

Unter vielen bestehenden Ansichten bestimmt Oetker die Natur und die gegenseitige Abgrenzung der Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen am zutreffendsten. „Indem das Urteil gedacht wird als integrierender Bestandteil des Prozesses, sondern sich innerhalb der Voraussetzungen des delegierten Normerlasses Gültigkeitsbedingungen als eines Prozeßteiles und eines bestimmten Prozeßaktes. Die erste Kategorie liefert den Begriff der Prozeß- und die zweite den der Urteilsvoraussetzungen im engeren Sinne. Die Prozeßvoraussetzungen sind ein Teil der Voraussetzungen, unter welchen die Normierung bestimmter Tatbestände durch Urteile den Gerichten delegiert ist. Sie gehören zu den Urteilsvoraussetzungen im weiteren Sinne [23]). Das Recht zum Urteilserlaß ist von ganz bestimmten Voraussetzungen abhängig. Je nachdem sich diese Gültigkeitsbedingungen auf den Prozeß im ganzen oder nur auf das Urteil beziehen, unterscheidet die neue Doktrin Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen“ [24]).

Das Revisionsgericht hat von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob sämtliche Verfahrensvoraussetzungen gegeben sind. Kommt es hierbei zu einem negativen Ergebnis, so ist die Nichtigkeit des Verfahrens festzustellen und dasselbe einzustellen. Das Urteil ist aufzuheben. Liegt dem Revisionsgericht eine Revision mit ungenügender Tatsachenangabe vor, ergibt sich aber weiter, daß eine Prozeßvoraussetzung fehlt, so kann das Gericht über die Revion selbst nicht entscheiden, da das Verfahren infolge einer Verfahrensvoraussetzung unzulässig ist. Der Revisionsrichter darf sich mit der Sache selbst nicht weiter befassen, sondern hat das Verfahren sofort einzustellen.

§ 4.

Irrevisible prozessuale Gesetzesverletzungen.

Das geltende Recht kennt eine Reihe von prozessualen Gesetzesverletzungen, die vermöge ihrer Natur in keinem Falle als Grundlage für eine Revisionsrüge geeignet sein können. Auszuscheiden haben alle diejenigen „Gesetzesverletzungen“, denen überhaupt kein „Gesetz“ oder keine „Rechtsnorm“ zugrunde liegt. Vielmehr handelt es sich:

---

22) RGSt. 67, 54, 55; 66, 173; 64, 187.
23) Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe S. 46.
24) Oetker, Deutsches Wochenblatt, Jahrg. 1896, S. 87.

1. um solche Vorschriften, denen das Gesetz nach ihrem Sinn und Wortlaut die Eignung abspricht, im Falle ihrer Verletzung eine Revisionsbegründung abzugeben. Hiezu zu rechnen sind vor allem die sog. Soll-Vorschriften. Sie haben zwar die Eigenschaft der Rechtsnorm nicht eingebüßt, äußern aber eine „schwächere imperativische Wirkung“ [25]), sodaß ihre Verletzung nicht geeignet ist eine gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen. Ihre falsche Anwendung zieht keinen rechtswidrigen Zustand nach sich, sie gibt keinen „Urteilsverstoß“. Das Urteil verliert durch ihn nicht seinen Rechtsbestand.

2. Ferner enthält die StPO eine Reihe von Rechtsnormen, die dem Prozeßverhältnis gegenüber einen selbständigen Inhalt besitzen, wie die Vorschriften über Verhaftung, Beschlagnahme, Straffestsetzungen innerhalb des Verfahrens. Sie regeln ein besonderes innerhalb des eigentlichen Strafverfahrens sich bewegendes Verfahren und haben mit dem Ziele des Strafprozesses, nämlich Findung einer Entscheidung, die sich über den Strafanspruch des Staates äußert, nichts zu tun. Sie stehen in dieser Eigenschaft „außerhalb des abstrakten, d. h. der Verfahrensart eigentümlichen Zweckes“ [26]). Diese Vorschriften können selbstverständlich ebenfalls durch den Richter verletzt werden. Aber gerade deshalb, weil sie nicht unmittelbar bei Findung des Urteils zur Anwendung kommen, hat ihre Verletzung auch keinen Einfluß auf dieses und kann diese auch nicht deshalb revisionsbegründend sein.

3. In eine dritte Gruppe von irrevisiblen Gesetzesverletzungen sind diejenigen zu rechnen, denen durch Nachholung in der späteren Hauptverhandlung oder durch eingetretene Heilung abgeholfen werden kann. Zwar enthält die StPO hierüber nichts Ausdrückliches, trotzdem ist aber anerkannt, daß eine Reihe von Nichtigkeiten geheilt werden kann, z. B. das Unterbleiben einer vorgeschriebenen Voruntersuchung. Manche Prozeßverstöße können auch durch Wiederholung der fehlerhaften Handlung oder durch Belehrung durch den Vorsitzenden geheilt werden, z. B. er verkündet, daß eine verlesene, aber rechtlich nicht verlesbare Urkunde nicht berücksichtigt werde [27]). Dieser Gedanke der Heilbarkeit von Verfahrensmängeln hat in der italienischen Strafprozeßordnung bereits eine ausdrückliche gesetzliche Regelung gefunden. Sie enthält hiezu ein ganzes System von solchen heilbaren Verfahrensmängeln. Diese Fälle sind zwar auch Gegenstand einer Anfechtung mit den gewöhnlichen Rechtsmitteln, es sei denn, daß die Heilung schon vor der angefochtenen Entscheidung eingetreten ist. Die Nichtigkeitsfälle sind, werden sie vor der Entscheidung entdeckt, von Amts wegen zu berücksichtigen, sonst auf Antrag einer Partei. Der Verfahrensfehler wird dann vom Richter behoben, wenn dies möglich ist, ist es nicht möglich, so erklärt er die fehlerhafte Prozeßhandlung und alles, was darauf aufgebaut ist, für unwirksam.

Die Möglichkeit, im Verfahren vorgekommene Nichtigkeiten alsbald aufzudecken und zu beseitigen, bezw. sie heilen zu lassen, hat große

25) Reichhold a.a.O. S. 29.
26) Oetker, Wirksamkeit der Entscheidungen, S. 16.
27) RGSt. 56, 94.

Vorteile; denn sie entlastet den Rechtsmittelzug und trägt mittelbar zu einer Verbesserung der Rechtsprechung bei. Deshalb wäre nach dem Vorbilde der italienischen Strafverfahrensordnung auch in der deutschen StPO außer den schon hervorgehobenen Möglichkeiten der Heilung von Verfahrensnichtigkeiten noch eine Bestimmung wünschenswert, welche auch schwerere Verfahrensfehler dann für geheilt erklärt, wenn sie erkennbar keinen Einfluß auf das spätere Verfahren ausübten, z. B. die Erlassung eines Eröffnungsbeschlusses durch einen ausgeschlossenen Richter. Angemessen wäre auch eine Bestimmung, daß eine Partei einen Verfahrensfehler nicht als Anfechtungsgrund geltend machen kann, wenn sie ihn vorsätzlich oder grobfahrlässig selbst veranlaßt hat, z. B. die Beeidigung eines Zeugen auf Antrag einer Partei, die die Nichtbeeidbarkeit kannte oder kennen mußte [28]).

4. Außerdem gehören hierher diejenigen Vorschriften, die ausdrücklich als unverletzbar erklärt sind.

II. Teil.

Die Besonderheiten der Revision wegen eines das Verfahren betreffenden Mangels.

§ 5.

Die Begründung der Revision wegen eines Verfahrensmangels gemäß § 344 Abs. 2 StPO.

1. Der Zweck dieser Sondervorschrift.

Die Vorschrift des § 344 Abs. 2 StPO hat folgenden Wortlaut: „Aus der Begründung muß hervorgehen, ob das Urteil wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren oder wegen Verletzung einer anderen Rechtsnorm angefochten wird. Ersterenfalls müssen die den Mangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden."

Warum das Gesetz bei Verletzung einer Prozeßvorschrift die Tatsachenangabe fordert, beantworten die Motive [29]) wie folgt: „Die Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen ist meistens schon zum Verständnis der aufgestellten Rüge notwendig; auch sind die anzugebenden Tatsachen nicht selten solche, welche nur insofern von Bedeutung sind, als sie eben zum Nachweise eines prozessualen Verstoßes dienen. In keinem Falle kann es die Aufgabe des Revisionsrichters sein, die Akten behufs Auffindung solcher Tatsachen durchzusehen, welche der aufgestellten Rüge etwa zur Grundlage dienen könnten."

Der bereits oben besprochene Unterschied zwischen materiellen und prozessualen Rechtsnormen tritt in diesem Zusammenhang ganz besonders in Erscheinung. Der Gesetzgeber stellt für die Begründung der Revision im Einzelfalle, je nach dem Verletzung materiellen oder formellen Rechtes gerügt wird, verschiedene Erfordernisse auf. Er begnügt

28) Vgl. zu dieser Nr. 3: Köhler, Die neue italienische Strafgesetzgebung, GS 103, S. 101 ff., insbes. S. 103.

29) Hahn, Mat. I S. 213.

sich bei der Verfahrensrüge nicht mit der allgemeinen Angabe, es werde die Verletzung formellen Rechts gerügt[30]), wie vergleichsweise bei der Revision wegen materieller Gesetzesverletzungen, sondern er fordert eine genaue Angabe der Tatsachen, in denen der Verfahrensmangel zu finden ist[31]).

Zwei Gründe sind es, die den Gesetzgeber zur Aufstellung dieses Erfordernisses bewogen haben: einmal soll die Angabe der Tatsachen die Rüge verständlicher machen, und zweitens hat diese Bezeichnung die Aufgabe, das Vorliegen des Verstoßes nachzuweisen. Der Zweck der genannten Tatsachenangabe tritt besonders zutage, wenn man einen Vergleich zwischen der Begründung der Revision wegen materiellrechtlicher Gesetzesverletzung und der Begründung der Revision wegen eines Verfahrensmangels anstellt. Im ersten Falle verlangt das Gesetz keine Tatsachenangabe. Diese wäre auch zwecklos und mit den Grundsätzen des Strafprozesses nicht vereinbar. Das Gericht hat die Tat, d. h. das geschichtliche Ereignis, in ihrem ganzen Umfange auf ihre rechtliche Erheblichkeit hin zu prüfen. Das Gericht in dieser Richtung durch Anträge und Tatsachenangabe zu beschränken, würde dem Grundsatz der materiellen Wahrheitserforschung widersprechen. Ist Fehlerhaftigkeit der Gesetzesanwendung gerügt, so hat das Revisionsgericht die Richtigkeit der Anwendung des geltenden Rechts auf das geschichtliche Vorkommnis durch das untere Gericht nachzuprüfen. Hat es einen Fehler gefunden, so hat es das Urteil aufzuheben, ganz gleichgültig, ob gerade dieser Fehler von den Parteien gerügt wurde. Es ist von den Ausführungen des Rechtsmittelwerbers vollkommen unabhängig[32]). Es kommt also nicht darauf an, ob der Rechtsmittelwerber eine unrichtige Subsumtion der Tatsachen unter das Strafgesetz oder die Verhängung einer unzulässigen Strafe gerügt hat. Alle diese Punkte sind ohne weiteres Gegenstand der Prüfung, sobald die Revision wegen fehlerhafter Gesetzesanwendung erhoben ist[33]). Anders verhält es sich mit der Revision wegen eines Verfahrensmangels. Das Verfahren, aus dem heraus die spätere Entscheidung entsteht, besteht nicht aus einem Tatsachenkomplex, sondern aus mehreren Tatsachen, z. B. Erhebung der Anklage, Erlaß des Eröffnungsbeschlusses, Stellung eines Beweisantrages seitens der Verteidigung, Ablehnung des Beweisantrages durch das Gericht u. s. w. Bald ist es also eine Entscheidung, bald ein sonstiges Prozeßvorkommnis, bald eine sonstige Tatsache. Sie stehen entweder selbständig nebeneinander oder in einem kettenmäßigen Zusammenhang zueinander. Alle diese „prozeßerheblichen" Tatsachen liegen im Gesichtskreise des Revisionsgerichts. Es ist mit der Würde des Revisionsrichters nicht zu vereinbaren und bedeutet eine Belastung der Arbeitsweise desselben, wollte man verlangen, daß dieser den ganzen Verfahrensverlauf durchzuprüfen habe, um zu sehen, ob irgendwo ein Fehler

30) Recht 1934, Nr. 2637.
31) Reichhold a.a.O., S. 32.
32) Sächs. Archiv 2, 188.
33) Beling, Revision, S. 159 unterscheidet zwischen inneren und äußeren Urteilsverstößen, je nachdem eine materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Rüge erhoben ist.

steckt. Aus diesem Grunde führt der § 344 Abs. 2 StPO ein Stück Verhandlungs- und Dispositionsmaxime in das Recht des Rechtsmittels der Revision ein und verlangt, daß die anfechtende Partei die revisionsrichterliche Aufgabe genau umreißt[34]). Sie ist gehalten, soll ihre Revision erfolgreich sein, genau die Stelle im Verfahren zu bezeichnen, auf die sich die rechtliche Nachprüfung erstrecken soll, also das Prozeßvorkommnis, das auf den Prozeßverstoß hin zu untersuchen ist[35]). Neuerdings wird zur Vollständigkeit von Verfahrensrügen noch der Hinweis auf die einschlägige Stelle in den Akten gefordert[36]). Diese Mitteilung gehöre zu einer vollständigen Revisionsrüge, da dem Revisionsgerichte nicht zugemutet werden könne, die ganzen Akten nach dem von der Verteidigung zur Begründung einer Verfahrensbeschwerde angeführten Aktenstück zu durchsuchen. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen; denn es gehört zur Pflicht des Revisionsrichters, die Akten von Amts wegen zu prüfen. Es ist nicht anzunehmen, daß sich seine Prüfung lediglich auf das angegebene Aktenstück erstrecken soll, auf dem die den Mangel enthaltende Tatsache verzeichnet steht.

2. Inhalt der Sondervorschrift.

Gemäß § 344 Abs. 2 Satz 1 StPO muß die Revisionsbegründung erkennen lassen, ob eine Verletzung formellen oder materiellen Rechts gerügt wird. Die allgemeine Redewendung, die Entscheidung beruhe auf einer „Gesetzesverletzung", ist nichtssagend und deshalb keine ordnungsmäßige Revisionsbegründung im Sinne des § 344 Abs. 2 StPO. Es ist lediglich die Wiedergabe des Wortlautes des § 337 StPO, also lediglich eine Erklärung des Wortes „Revision"[37]). Wird eine „Prozeßrüge" erhoben, so verlangt das Gesetz die Angabe „der den Mangel enthaltenden Tatsachen".

Nach Darlegung des Zweckes soll im Folgenden der Inhalt der Wendung „die den Mangel enthaltenden Tatsachen" näher bestimmt werden[38]). Notwendig ist:

1. die Angabe von Tatsachen. Tatsachen sind „Lebenskonkreta, historische Gegebenheiten"[39]), als prozeßerhebliche Tatsachen sind es solche Umstände, welche vorliegen müssen, wenn der Prozeß überhaupt zustandekommen und sich richtig von Stufe zu Stufe bis zu seinem Abschluß entwickeln soll, also Fakta, welche nicht für das Bestehen eines Strafanspruches, sondern vielmehr für seine Durchsetzung in Betracht

---

34) Beling JW 1924, S. 909 Nr. 2 Anm.

35) Der Rechtsmittelwerber muß also z. B. anführen: Der Zeuge A sei nicht vereidigt worden; er habe nicht das letzte Wort gehabt. Vgl. noch Schneidewin JW 1923, S. 345; Reichhold a.a.O. S. 32. Jaeger S. 29/30.

36) Recht 1934, 2683; Bay. Z. f. Rechtspfl. 1934, 46.

37) Recht 1933, S. 274; Beling, Deutsches Strafprozeßrecht S. 416; Bay. OLG 20, 333.

38) Vgl. hierzu bes. Schneidewin a.a.O.

39) Beling, JW 1924, S. 909 Nr. 2.

kommen[40]). Es genügt demnach die Bezeichnung der Tatsache des Beschlusses auf Ablehnung des Beweisantrages als die Stelle im Verfahren, an der die juristische Betrachtung und Prüfung einsetzen soll. Nicht genügt die Bezeichnung der angeblich verletzten Rechtsnorm oder die rechtliche Charakterisierung des Mangels[41]); denn es „müssen" die Tatsachen angegeben werden. Andererseits ist die Angabe der verletzten Prozeßvorschrift nicht nötig.

2. Diese Tatsachen müssen angegeben werden. Das Vorhandensein des Mangels muß also positiv behauptet werden. Dies braucht nicht mit ausdrücklichen Worten in der Revisionsschrift zu geschehen, die Mängel müssen sich wenigstens aus dem Sinn derselben ergeben[42]). Nicht genügt jedoch der allgemeine Hinweis darauf, daß irgendwelche Tatsachen es seien, die den Mangel enthielten, nur ganz bestimmte Tatsachen eben des gerade in Rede stehenden Verfahrens können als behauptet gelten. Die Angabe, daß die Tatsache einen Mangel enthalte, muß bestimmt sein. Sie als wahrscheinlich, vermutlich oder möglich hinzustellen, ist nach dem Gesetz nicht ausreichend[43]). Ungenügend ist die Wendung, es „kann" ein Mangel in der Tatsache erblickt werden. Ebenso ist eine Rüge „eventualiter" erhoben unzulässig[44]).

Über die Fassung der Tatsachenangabe bestehen zwei Ansichten:

a) Nach der einen Auffassung sind die Tatsachen so zu bezeichnen, daß sie — ihre Richtigkeit vorausgesetzt — die Schlüssigkeit der Verfahrensrüge sofort erkennen lassen. Ergeben diese so angeführten Tatsachen keinen Verfahrensverstoß, dann wäre die Revision als unzulässig zu verwerfen. Ist aber aus den bezeichneten Tatsachen ein Mangel zu entnehmen, so ist lediglich noch die Wahrheit derselben zu prüfen. Dies würde dann die Prüfung des „Begründetseins" der Revision darstellen[45]).

b) Nach der strengeren Ansicht genügt es nicht, daß die Mangelhaftigkeit der Tatsache sich schon aus der Anführung als solche ergibt, hinzukommen muß vielmehr, daß sie, losgelöst von der Erklärung, auch wirklich einen Mangel enthält, der theoretisch betrachtet, die Revision zu einer erfolgreichen gestalten kann. Hier wäre dann die Revision bei Mangel der Voraussetzung als unbegründet zu verwerfen.

3. Die angegebenen Tatsachen müssen einen Mangel enthalten. Über den Inhalt dieser Worte bestehen verschiedene Ansichten. Während die gerichtliche Praxis[46]) eine ausführliche Darlegung aller Einzelheiten fordert, die den Verfahrensverstoß ausmachen, versteht das

40) Kautter, Feststellung prozessual erheblicher Tatsachen, S. 30.
41) JW 1928 S. 2256, 1222.
42) Recht 1933, S. 49: Die Revisionsbegründung ist als Willenserklärung der Auslegung fähig.
43) Feisenberger, Komm. zur StPO 1926, S. 231; ebenso Jaeger S. 34.
44) RGSt. 54, 189; 53, 51.
45) Vgl. Beling JW 1924, 909, Nr. 2. Anm.
46) RG und OLG: JW 1908, 591; 1923, 396; Bay. OLG DRZ 1927, Nr. 973; OLG Dresden LZ 1928, 648; JW 1929, S. 1474 Nr. 25 1930, 939 Nr. 55; Recht 1932 Nr. 457.

Schrifttum [47]) unter den Tatsachen, die den Verfahrensverstoß enthalten und nach § 344 Abs. 2 in der Revisionsbegründung angegeben werden müssen, nichts anderes als den Verfahrensvorgang, dessen Behandlung durch das Gericht der Rechtsmittelwerber für gesetzwidrig hält. „Die im Gesetz geforderte Tatsachenanführung dient mehr der Individualisierung, nicht der Substanzierung" [48]). Ein Beispiel soll den für die Prozeßbeteiligten außerordentlich wichtigen und weittragenden Unterschied beider Ansichten näher darlegen: Der Revisionsführer rügt die Ablehnung eines Beweisantrages [49]) durch das Untergericht, indem er in seiner Revisionsschrift § 338 Nr. StPO anführt. Diese so gefaßte Rüge genügt nach Ansicht des RG und der OLG nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz StPO: „Die bloße Tatsache der Ablehnung eines Beweisantrages ist kein Verfahrensverstoß; im Gesetz sind solche Ablehnungen ausdrücklich vorgesehen (§ 245 StPO). Verfahrenswidrig ist nur eine ohne Grundangabe oder mit unzulässiger Begründung erfolgte Ablehnung. Ein Verstoß dieser Art ist aber nicht gerügt, ein Beschluß im Sinne des § 338 Nr. 8 StPO nicht ergangen." Aus diesen Sätzen ist zu entnehmen, daß die gerichtliche Praxis nicht nur die Wiedergabe des Inhalts des abgelehnten Beweisantrags, sondern auch eine Darlegung fordert, weshalb die Ablehnung einen Prozeßverstoß darstellt. Im Gegensatz zu dieser, von Kohlrausch [50]) mit Recht als bedenklich bezeichneten Auffassung steht diejenige Belings: „Wie in der unteren Instanz die „Tat" allein es ist [51]), die den Prüfungskreis bestimmt, so ist hier „das konkrete Prozeßereignis" dasjenige, das den Rahmen für die Prüfung abgibt. § 352 Abs. 1 muß verstanden werden: „Die bei Anbringung der Revisionsanträge bezeichneten Tatsachen" sind alle dieses Prozeßereignis bildenden Tatsachen, mag auch von ihnen nur eine (zur Individualisierung des Rügegegenstandes) in der Revisionsschrift buchstäblich angeführt sein." Nach dieser Ansicht muß die im Beispiel enthaltene Rüge Erfolg haben. Der Verfahrensvorgang, nämlich die Ablehnung des Beweisantrages, hat der Anfechtende im vorliegenden Falle gerügt. Daß diese Ablehnung unzulässig war, hat er dadurch ausreichend dargetan, daß er sie zum Gegenstande einer Revisionsbegründung machte. Damit hat er die Revision gesetzmäßig begründet. Die Ansicht des RG und der OLG läßt sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren, da sie mehr als dieses verlangt. Sie zieht für die Prozeßbeteiligten untragbare Folgen nach sich. Auch wenn das Urteil einen Mangel enthält, verlangt sie Verwerfung der Revision, wenn diese nicht ausreichend begründet ist [52]). Die gerichtliche Praxis legt in die genannten Worte einen Sinn hinein, der vom Gesetz nicht beabsichtigt ist. Dieses sagt einfach und klar, daß es lediglich die Bezeichnung

47) Insbes. Beling, Deutsches Strafprozeßrecht, S. 417; JW 1924, 909 Nr. 2; 1926, 1222; 1928, 2256 (Anmerkungen) a. A. Schwarz StPO, 4. Aufl., § 344, Anm. 1 Bb.
48) Beling a.a.O., Anm.
49) JW 1929, 1474 Nr. 25.
50) Kohlrausch, StPO 24. Aufl., § 344, Anm. 5.
51) §§ 155, 264 StPO.
52) JW 1930, 939.

der Tatsache will, die den Mangel enthält. Sie muß den Mangel in sich tragen. Dem Rechtsmittelwerber obliegt die Last, diese Tatsachen zu bezeichnen und zu behaupten, daß ihre Erledigung durch das Untergericht gesetzwidrig und deshalb mangelhaft sei, also z. B. die Ablehnung eines Beweisantrages und ihre Unzulässigkeit. Eine Angabe dessen, worin die Mangelhaftigkeit zu erblicken ist, und eine besondere Darlegung ihrer Gründe verlangt das Gesetz vom Rechtsmittelwerber nicht. Deshalb kann eine Revision, die solche Gründe nicht enthält, nicht verworfen werden. Eine Grundangabe würde für den Revisionsrichter auch nur von untergeordneter Bedeutung sein; denn er darf sich mit dieser Begründung nicht zufrieden geben. Er hat die als mangelhaft geltend gemachte Tatsache nach allen Richtungen hin auf ihre rechtliche Erheblichkeit und Haltbarkeit hin zu prüfen, ganz unabhängig von irgendwelchen Anträgen und Anregungen seitens der anfechtenden Partei.

Mit diesen Ausführungen ist aber nicht gesagt, daß die Partei solche von der gerichtlichen Praxis geforderte Darlegungen überhaupt nicht in der Revisionsbegründung bringen darf. Dies will das Gesetz nicht sagen. Es macht sie lediglich nicht zum unbedingten Zulässigkeitserfordernis.

Die gleiche Ansicht vertritt wohl auch Stenglein[53]), wenn er sagt, daß unter den den Mangel enthaltenden Tatsachen zu verstehen sind diejenigen Verfügungen, durch welche eine gesetzlich nicht gerechtfertigte Verletzung des Beschwerdeführers eingetreten ist oder die Unterlassung einer gesetzlich gebotenen Verfügung mit jenem Erfolg. Er verlangt demnach ebenfalls weiter nichts als die Angabe des mangelhaften Verfahrensvorkommnisses.

Eine besondere Angabe von Beweisen für die Richtigkeit der vom Beschwerdeführer bezeichneten Tatsachen ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Sie ist lediglich dann erforderlich, wenn die Tatsache nicht in den Akten beurkundet ist oder wenn der Rechtsmittelwerber eine Fälschung behauptet.

§ 6.

Die Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

1. Gewährt die Revision eine Nachprüfung des Urteils nur in *rechtlicher* Hinsicht?

§ 337 Abs. 1 StPO gibt folgende Vorschrift: „Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruht." Aus diesen Worten des Gesetzes hat Rechtsprechung und Schrifttum den Rechtsgrundsatz entnommen, daß eine Revision Veranlassung gebe, ein Urteil lediglich auf Fehler nach der rechtlichen Seite hin zu untersuchen. Diese Ansicht geben auch die Motive[54]) wieder, wenn sie sagen: „Die Aufgabe des höheren Richters besteht nur in der rechtlichen Nachprüfung." Die tatsächliche Seite des Erkenntnisses der Unter-

53) Stenglein, StPO, § 344, Anm.
54) Hahn Mat. I, S. 250.

instanz sollte also vor dem Rechtsmittel der Revision sichergestellt sein. Dem Revisionsrichter sollte es versagt sein, sie irgendwie noch in sein Blickfeld zu ziehen. Damit wurde das Rechtsmittel der Revision zu einem schon gesetzlich beschränkten, während das andere Rechtsmittel die „Berufung", ein unbeschränktes, nur durch den Rechtsmittelwerber selbst beschränkbares ist. Letztere dreht sich um die Frage, ob das angefochtene Urteil aus irgendeinem Grunde aufzuheben ist, erstere dagegen nur um die Frage, ob das Urteil „auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe". Diese besondere Herausstellung des Rechtsmittels der Revision begründete man damit, daß die Mangelhaftigkeit „in jure" schwerer wiege als die Mangelhaftigkeit „in facto". Es erscheint auch beim ersten Zusehen begreiflich, wenn die juristischen Mängel gegenüber den tatsächlichen Mängeln als die vordringlicheren eingeschätzt werden. Von den obwaltenden Tatsachen hängt lediglich das Schicksal des einzelnen Angeklagten in der konkreten Angelegenheit und, von der anderen Seite gesehen, die Befriedigung oder Nichtbefriedigung des staatlichen Interesses in der einzelnen Angelegenheit ab. Unrichtige Handhabung des Gesetzes in abstracto eröffnet dagegen den Ausblick auf gleichliegende fehlerhafte Behandlung einer unbestimmten Zahl von Rechtssachen für die Zukunft. Damit verbindet sich zugleich die Gefahr der Zersplitterung der Rechtsprechung [55]) und ein Mißtrauen des Volkes in die Rechtspflege des Staates.

Der oben ausgesprochene Satz, daß die tatsächliche Seite der Entscheidung, so wie sie vom Vorderrichter entschieden worden ist, den Revisionsrichter binde, konnte in seiner Allgemeinheit nicht aufrechterhalten werden, wollte man die Revision wegen eines Verfahrensmangels nicht von vornherein zum Scheitern verurteilen. Die Rechtsprechung, das Reichsgericht allerdings etwas später [56]), und Schrifttum haben allmählich anerkannt, daß nur rechtliche Nachprüfung nicht in allen Fällen ausreicht. Man ist zu der Erkenntnis gekommen, daß sich die Nachprüfung richtiger Gesetzesanwendung manchmal gar nicht verwirklichen läßt, ohne daß das Revisionsgericht auf die der Rechtsanwendung zugrunde liegenden Tatsachen zurückgreift. Deshalb erachtete man das Revisionsgericht für befugt, sich auch mit der Nachprüfung bestimmter Tatsachen zu beschäftigen.

2. Umfang dieser Nachprüfung und die Lehre des RG von der bindenden Kraft untergerichtlicher Feststellungen.

Die nächste Frage, die dabei sofort auftauchte, war die, wie weit die Grenze zu ziehen ist, innerhalb welcher von der Revisionsinstanz Tatsachen geprüft und festgestellt werden können, mit anderen Worten welche Tatsachen es sind, die der revisionsrichterlichen Prüfung unterliegen. Diese Frage ist nicht unbestritten. Nach der herrschenden Meinung sind der Prüfung und Feststellung der Revisionsinstanz zugänglich diejenigen Tatsachen, welche prozessuale Mängel enthalten, also die tatsächlichen Unterlagen von Prozeßrügen. Diese Ansicht wird aus

55) Beling, Revision, S. 139.
56) Vgl. Stein, Das private Wissen des Richters, S. 104.

§§ 344 Abs. 2 und 352 gefolgert. Die Nachprüfung der tatsächlichen Feststellung zur Schuldfrage wird verweigert. Bezüglich ihrer hat sich das Revisionsgericht sowohl einer Abänderung wie auch Ergänzung zu enthalten. Das Verfahren bei der Tatsachenfeststellung wird für nachprüfbar erklärt, wenn in substanzierter Rüge eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren aus dem Protokoll dargetan werden kann. Ebenso wird die Nachprüfung auf dem außerhalb der Schuldfrage liegenden Tatsachengebiet bejaht. Die Tatsachen, auf denen die Prozeßvoraussetzungen und Prozeßhandlungen beruhen, gelangen zur Kenntnis und Prüfung des Revisionsrichters.

Stenglein[57]) nimmt an, daß die Grenze so zu ziehen ist, daß in allen Fällen, welche nicht zum Beweise der Schuldfrage unmittelbar oder mittelbar durch Entscheidung von Beweisanträgen gehören und wobei deshalb nicht in dem durch die Prozeßordnung geregelten Wege in der Hauptverhandlung von Zeugen oder Sachverständigen Beweis zu führen ist, daß insbesondere in denjenigen Fällen, in welchen prozessuale Vorgänge auf Grund der Akten der Feststellung bedürfen die festgestellten Tatsachen vom Revisionsrichter auf ihre Richtigkeit hin geprüft werden dürfen. Er behauptet, daß dieser Stand der Dinge zur Folge habe, daß die Beweisführung nur in den einzelnen Fällen unter Prüfung erfolgen könne, ob einzelne Bestimmungen entgegenstehen. Er behauptet aber zugleich, daß diese kasuistische Behandlung kaum eine erschöpfende sein werde.

Die folgenden Ausführungen werden darüber Aufschluß geben, daß die Behauptung Stengleins unrichtig ist und sich eine allgemeine Formel finden läßt, die besagt, was das Revisionsgericht auf tatsächlichem Gebiete zu prüfen und wie weit es dabei zu gehen hat. Die von der herrschenden Lehre vorgenommene Unterscheidung bezüglich des Gegenstandes der Prüfung durch das Revisionsgericht kann nicht unmittelbar aus dem § 337 StPO entnommen werden. Eine sonstige ausdrückliche Bestimmung, aus der die Entscheidung der Frage gewonnen werden könnte, fehlt in der StPO. Auch die Materialien derselben geben keine Anhaltspunkte. Sie wurde allem Anschein nach als Selbstverständlichkeit vorausgesetzt. Diese Sachlage gibt Anlaß zur Untersuchung, ob nicht aus dem Zusammenhang der sonstigen Rechtssätze eine Vorschrift oder ein Grundsatz entnommen werden kann, der die von der herrschenden Lehre gebildete Ausnahme von dem Grundsatze der nur rechtlichen Nachprüfung rechtfertigen könnte. Stein[58]) ist der Ansicht, daß § 352 StPO die hierfür maßgebende Vorschrift enthalte. Diese Annahme ist nicht richtig. § 352 hat mit der hier interessierenden Frage, welche Tatsachen vom Revisionsrichter auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen und festzustellen sind, überhaupt nichts zu tun. § 352 bestimmt lediglich den Umfang der Prüfung durch das Revisionsgericht und steht insoferne im Zusammenhang mit § 344 Abs. 2, als er gerade diejenigen Tatsachen — und nur sie —, welche vom Rechtsmittelwerber als mangelhaft bezeichnet worden sind, der Prüfung

---

57) GS 46, 1.
58) Stein, Das private Wissen des Richters, S. 110.

durch das Revisionsgericht unterzieht. Diese Prüfung erstreckt sich aber nur auf die Frage, ob diese Tatsachen eine mangelhafte, d. h. gesetzlich unzulässige Behandlung erfahren haben, nicht aber darauf, ob diese Tatsachen richtig festgestellt sind. Eine revisionsrichterliche Prüfung über die Existenz dieser Tatsachen kann mit der Vorschrift des § 352 nicht gerechtfertigt werden. Reichhold [59]) drückt sich in dieser Frage zum mindesten unklar aus, wenn er zur Rechtfertigung der Ausnahme sagt, daß es widersinnig wäre, einerseits dem Beschwerdeführer es zur Aufgabe zu machen, Tatsachen, die einen Verstoß gegen das Gesetz enthalten, anzugeben, andererseits aber dem Revisionsrichter es nicht zur Aufgabe zu machen, oder gar zu verbieten, an Hand geeigneter Nachweisungsmittel diese Tatsachen auf ihren materiellen Wahrheitsgehalt hin zu prüfen. Das ist keine zwingende Beweisführung. Wenn das Gesetz dem Rechtsmittelwerber die Tatsachenangabe aufgibt, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Revisionsrichter auf jeden Fall befugt sei, diese Tatsachen auch auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Dies nimmt auch die StPO in § 352 nicht an. Hier gibt sie dem Revisionsrichter lediglich die Prüfung auf, ob in der Tatsache ein vom Rechtsmittelwerber behaupteter Mangel steckt. Reichhold beweist also nicht das Zutreffen der herrschenden Lehre, wenn er den oben angeführten Satz ausspricht. Auch hätte er den Ausdruck „materieller Wahrheitsgehalt" näher erläutern müssen. Was ist hierunter zu verstehen? Gibt es einen Gegensatz hierzu, etwa einen „formellen Wahrheitsgehalt"? Man wird es nicht annehmen können. Jedenfalls gibt es doch bloß eine Wahrheit. Die Anführung des § 352 in diesem Zusammenhang läßt darauf schließen, daß er die Lösung des „Warum" der verschiedenen revisionsrichterlichen Behandlung der zur und nicht zur Schuldfrage gehörenden Tatsachen ebenfalls aus § 352 entnehmen will.

Die Entscheidung der Frage, inwieweit der Revisionsrichter Tatsachen auf ihre Richtigkeit hin nachprüfen darf, muß aus einem anderen, für den Strafprozeß höchst wichtigen Gebiete entnommen werden. Sie hängt auf das Innigste mit der Frage der Feststellung der im Prozesse erheblichen Tatsachen zusammen [60]). Letztere werden in zwei Hälften geschieden, in die materiell erheblichen Tatsachen, also solche, welche für die Schuld- und Straffrage von Bedeutung sind, und in die prozessual erheblichen Tatsachen, welche vorliegen müssen, wenn der Prozeß überhaupt zustande kommen soll. Rein abstrakt genommen sind hiervon die materiell erheblichen die weitaus wichtigeren. Man kann sich die prozessual erheblichen Tatsachen ohne die ersteren nicht vorstellen [61]). Sie bilden nicht den Kernpunkt der Angelegenheit, um die sich ein Strafprozeß dreht. Dies ergibt sich zwar nicht aus einer ausdrücklichen Vorschrift der StPO, letztere ist aber so auszulegen [62]). Von den materiell erheblichen Tatsachen hängt der Inhalt des zu erlassenden Sachurteils ab, während die prozessual erheblichen Tatsachen lediglich für den Prozeß selbst von Be-

59) Reichhold, a.a.O., S. 35.
60) Vgl. hierzu Kautter, a.a.O.
61) Kautter, a.a.O., S. 4.
62) Ebenso im Grundsatz RGSt. 38, 323; 42, 54; 59, 36, 313.

deutung sind. Das Wichtigste ist und bleibt aber die Richtigkeit der Sachurteile. Aus diesem Gedanken heraus hat die StPO die Feststellung und Verwertung der materiell- oder besser sachurteilserheblichen Tatsachen an strengere Vorschriften gebunden. Sie hat für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung besondere Vorschriften aufgestellt: Es gilt das Prinzip der Unmittelbarkeit, die persönlichen Beweismittel und ihre Behandlung sind genau geregelt, bei Urkunden besteht Vorlegungszwang. Dies geschieht alles in der Absicht, das Untergericht zu sorgfältigster Benutzung der möglichen Forschungsmittel anzuhalten. Bei Feststellung prozessual erheblicher Umstände will sie dagegen den Richter nicht an diese strengen Vorschriften des Beweisrechtes binden. Hier ist die Feststellung eine sogenannte „erleichterte". Es gilt hier „Freibeweisrecht"[63]). Die Ansicht von v. Kries[64]), daß § 249 (jetzt § 250) StPO ganz allgemein „vom Beweis einer Tatsache" spreche, also das Strengbeweisrecht sowohl für materiell erhebliche wie auch für prozessual erhebliche Tatsachen gelte, hat lediglich den Wortlaut für sich. § 249 (§ 250) gebraucht das Wort „Tatsachen" im Gegensatz zu Rechtssatz. Die Ansicht von v. Kries ist aber auch vom Standpunkte der Prozeßökonomie zu verwerfen; denn sie würde unverhältnismäßige Kraft- und Zeitverschwendung bedeuten.

Nun entspricht der strengen, an genaue Vorschriften gebundenen Beweisführung in der Unterinstanz und der sich hieraus ergebenden Gewähr richtiger Feststellung der materiell erheblichen Tatsachen naturgemäß eine weniger weitgehende Prüfungsmöglichkeit in der Revisionsinstanz. Umgekehrt hat die nicht so strenge Form der Feststellung der prozessual erheblichen Tatsachen eine ausgedehnte Prüfung durch den Revisionsrichter zur Folge. Die weniger wichtigen, mehr in Bausch und Bogen gewonnenen Tatsachen sind in der Revisionsinstanz nochmals zu prüfen. Gleichgültig ist dabei, ob eine solche Tatsache vom Instanzrichter in- oder außerhalb der Hauptverhandlung festgestellt wurde, ob sie stillschweigend oder ausdrücklich, oder endlich, ob sie nach strengem Beweisrecht oder formlos konstatiert wurde, in jedem Falle ist ihre Nachprüfung durch das Revisionsgericht möglich. Der wichtigeren Kategorie ist jedoch von Anfang an die größere Aufmerksamkeit geschenkt worden, sie wird daher einer Prüfung durch das Revisionsgericht nicht mehr unterzogen[65]). Diejenigen Tatsachen, die aus der Beweisaufnahme als feststehend sich ergeben, und in dieser Eigenschaft dazu bestimmt sind, den Unterbau des S a ch urteils zu bilden, können vom Revisionsgericht auf ihre Richtigkeit hin nicht nachgeprüft werden. Bei der Prüfung der prozessual erheblichen Tatsachen dagegen ist die Aufgabe des Revisionsrichters nicht so eng begrenzt, wie bei der Beurteilung des Straffalles selbst. Hier ist der Revisionsrichter zur freien Würdigung der tatsächlichen Unterlagen berufen. Beling[66]) formuliert im Gegensatz zu diesen Ausführungen ganz allgemein, daß die U r t e i l s b a s i s vor Revision sichergestellt sei. „Von allen im Prozeß

63) Vgl. Ditzen, Dreierlei Beweis im Strafverfahren, 1926.
64) v. Kries, Das Prinzip der Unmittelbarkeit, ZStW 6, 88.
65) Kautter, a.a.O. S. 31.
66) Beling, Revision, S. 146 ff., insbes. S. 153.

relevanten Tatsachen zeichnen sich diejenigen vor allen anderen aus, die das Urteilsgebäude zu tragen bestimmt sind. Sie — gleichgültig, ob es sich um materiell erhebliche oder prozessual erhebliche handelt, — bedürfen ausdrücklicher Feststellung und können nur durch Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung gewonnen werden. Insoweit sind auch die prozessual erheblichen Tatsachen nicht minder wichtig, haben also die gleiche Bedeutung wie die sachurteilserheblichen, wenn sie dazu bestimmt sind, für die Urteilsbasis in Betracht zu kommen." Nach dieser Ansicht muß auch ein Formalurteil, dessen Basis eine prozeßerhebliche Tatsache bildet, der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen werden. Ihr kann nicht beigepflichtet werden; denn sie ist mit dem Gesetze nicht vereinbar. Die tatsächlichen Unterlagen eines Formalurteils sind frei nachprüfbar; denn sie werden nicht mittels einer Beweisaufnahme im technischen Sinne gewonnen. Soll z. B. festgestellt werden, ob ein nötiger Strafantrag und alle seine sonstigen Erfordernisse vorliegen, so gelten hierfür nicht die Bestimmungen über die Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Der Richter hat vielmehr für diese Feststellung alle möglichen Forschungsmittel zur Verfügung. Der Revisionsrichter seinerseits ist befugt, die Richtigkeit der untergerichtlichen Feststellungen des Formalurteils nachzuprüfen. Ausgehend von der Art und Weise der Feststellung der Tatsachen kommt man zu folgendem Ergebnis: „Nur der tatsächliche Unterbau des Sachurteils ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen." Alle übrigen Tatsachen, die nicht bestimmt sind, den Tatsachenunterbau des Sachurteils zu tragen, können vom Revisionsgericht nachgeprüft werden [67]).

Das RG vertritt in seiner Rechtsprechung im Grundsatze den hier eingenommenen Standpunkt [68]), schränkt aber das freie Nachprüfungsrecht des Revisionsrichters ein, wenn eine tatsächliche Annahme des Instanzrichters, auf welche es für die Beurteilung der Revision wegen eines Verfahrensmangels ankommt, in der Hauptverhandlung festgestellt worden ist, wenn also für die Feststellung die Grundsätze der Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit zur Anwendung gekommen sind [69]). Hierdurch will das RG es rechtfertigen, wenn es die Prüfung der Rüge, daß der Angeklagte nicht verhandlungsfähig sei oder daß der Zeuge wegen Verstandesschwäche nicht hätte beeidigt werden dürfe, ablehnt. Dadurch, daß mit dem Angeklagten verhandelt worden sei, und dadurch, daß der Zeuge beeidigt worden sei, wäre ausdrücklich oder stillschweigend die Annahme des Vorderrichters zum Ausdruck gebracht, daß der Angeklagte verhandlungsfähig, der Zeuge nicht verstandesschwach sei. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Richter sich diese Frage vorgelegt hat, möglich ist aber auch, daß ihm Bedenken überhaupt nicht gekommen sind. Die stillschweigende Annahme ist also lediglich Fiktion. Sie hat mit einer echten stillschweigenden Annahme garnichts zu tun. Der Revisionsrichter kann sich in einem solchen Falle nicht darauf verlassen, daß durch den Richter der Unterinstanz eine Feststellung ge-

67) Vgl. hierzu noch Hegler, Rechtsgang I, 401 ff. Ferner Oetker GS 107, 32 ff.
68) RGSt. 46, 45; 51, 71; 54, 22.
69) RGSt. 11, 262; 25, 361; 35, 164.

troffen worden sei. Nach der Ansicht der RG ist der Revisionsrichter gezwungen, zuerst zu prüfen, ob eine stillschweigende Annahme durch den Vorderrichter vorliegt. Diese Prüfung kann aber in den meisten Fällen entweder gar nicht oder doch nur schwer erfolgen. Der Aufwand an Zeit und Kraft, der für sie nötig ist, steht in keinem Verhältnis zu dem Ergebnis, daß bei dieser Prüfung gezeitigt werden kann. Ergibt sich bei dieser Prüfung, daß eine derartige Annahme nicht vorliegt, daß also die erfolgte Feststellung frei und nicht nach strengem Beweisrecht geschehen ist, so hat immer noch die eigentliche Feststellung der fraglichen Tatsachen selbst nachzufolgen. Die Einschränkung des freien Nachprüfungsrechts läßt sich aber auch noch aus einem anderen Grunde nicht rechtfertigen. Es kann die Prüfung des Revisionsrichters nicht davon abhängen, ob nun gerade der Instanzrichter eine Feststellung nach strengem Beweisrecht gemacht hat oder nicht [70]). Selbst wenn der Unterrichter bestimmte Tatsachen „für festgestellt erklärt" hat (z. B. in der Urteilsurkunde), hat der Revisionsrichter erst zu prüfen, ob diese Feststellung zutraf. Außerdem müßte das Reichsgericht auch darüber Aufschluß geben, welche tatsächlichen Annahmen nach den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit festgestellt werden müssen. Dieser Aufschluß muß unbedingt gefordert werden; denn für die außerhalb der Schuldfrage liegenden Momente ist doch vom RG stets die Auffassung vertreten worden, daß die Grundsätze der Hauptverhandlung hier nicht Platz greifen.

Eine Ausnahme von dem oben wiedergegebenen Grundsatz des freien Nachprüfungsrechtes ist anzuerkennen: Hat der Instanzrichter hinsichtlich der Beurteilung prozeßerheblicher Umstände ein ihm gesetzlich anheimgestelltes „Ermessen" ausgeübt, so ist eine jede Entscheidung, die im Rahmen dieses Ermessens gefällt wird, gesetzmäßig und einer Nachprüfung durch den Revisionsrichter entzogen. Der Prüfung durch den Revisionsrichter bleibt aber nach wie vor unterstellt, ob dieses Ermessen durch den Instanzrichter innerhalb der gesetzlich aufgestellten Schranken ausgeübt wurde [71]).

Die gleiche Behandlung hinsichtlich der Nachprüfung der tatsächlichen Unterlagen erfahren die von Amts wegen zu prüfenden Punkte. Es handelt sich um die Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen und Prozeßhindernisse. Ihr Vorliegen bezw. Nichtvorliegen hat der Revisionsrichter von Amts wegen nachzuprüfen. Auch er ist gehalten, bevor er in das eigentliche Verfahren eintritt, die Zulässigkeit desselben nachzuprüfen. Den Revisionsrichter hier aber nur auf die rechtliche Nachprüfung beschränken, hieße ihn zwingen, Urteile zu fällen, die jedenfalls nichtig sind, deren Nichtigkeit er aber nicht feststellen darf, eben deshalb, weil er die neu auftauchenden Tatsachen, aus denen sich die Nichtigkeit ergibt, nicht prüfen und verwerten kann. Sämtliche Prozeß- und Urteilsvoraussetzungen sind in vollem Umfange auch nach der tatsächlichen Seite hin der Revision

70) Beling, Revision, S. 157.
71) Beling, Strafprozeßrecht, S. 411/412. RGSt. 54, 22.

zugänglich und es kommt nicht darauf an, ob ihretwegen eine Feststellung erfolgte oder nicht [72]).

3. Das Verfahren bei der Prüfung.

Haben sich die vorstehenden Zeilen darüber verbreitet, **was** zu prüfen ist und **wie weit** diese Prüfung durch das Revisionsgericht zu erstrecken ist, so soll im Folgenden noch Darlegung finden, **wie** das Revisionsgericht bei dieser Prüfung zu verfahren hat. Die herrschende Lehre behauptet, daß die Prüfung nicht nach den Grundsätzen, die in der Unterinstanz für die Hauptverhandlung gelten, durchzuführen sei. Zur Feststellung der prozessual erheblichen Tatsachen sei Mündlichkeit und Unmittelbarkeit des Verfahrens nicht nötig. Hierfür spreche das Fehlen jeglicher Bestimmung im Gesetz über die Beweisaufnahme in der Revisionsinstanz [73]). Die herrschende Lehre ist im Ergebnis richtig. Das Revisionsgericht kann seine Feststellungen im Wege des „Freibeweisrechtes" treffen. Die Gründe jedoch, die sie für ihre Annahme vorbringt, sind nicht ganz stichhaltige. Insbesondere kann aus dem Schweigen des Gesetzes nicht gefolgert werden, daß für die Feststellungen der Revisionsinstanz die Vorschriften über die Beweisaufnahme im technischen Sinne nicht gelten. Pohle [74]) bezeichnet diese Folgerung als mißlich. Man wird vielmehr sagen müssen, daß keine besonderen Gründe zu erkennen sind, die es notwendig erscheinen lassen, eine Beweisaufnahme im technischen Sinne für die Feststellungen des Revisionsrichters zu fordern. Auch aus der Vorschrift des § 354 StPO, wonach das Revisionsgericht nur in Ausnahmefällen in der Sache selbst entscheidet, kann die Ansicht der herrschenden Lehre nicht entnommen werden [75]); denn selbst wenn diese Ausnahme eintritt, kommt eine Beweisaufnahme im technischen Sinne nicht in Frage. Im Falle der Revision wegen eines Verfahrensmangels ist das Revisionsgericht jedesmal gehalten, die Sache an die Unterinstanz zurückzuverweisen, damit die Mangelhaftigkeit des Verfahrens durch ein gesetzmäßiges ersetzt werde. Die Zurückverweisung wird durch eine Entscheidung ausgesprochen. Aus § 354 ergibt sich aber weder wörtlich noch andeutungsweise, daß für die Gewinnung der tatsächlichen Unterlagen dieser Entscheidung nicht die Vorschriften über die Beweisaufnahme gelten.

Der Nachweis, daß die Vorschriften über die Beweisaufnahme für die revisionsrichterlichen Feststellungen keine Geltung haben, läßt sich nur im Sinne Belings führen. „Die revisionsrichterliche Forschung nach den prozeßerheblichen Tatsachen hat nicht durch „Beweisaufnahme", sondern durch „freie Feststellung" zu erfolgen. Denn sie liegen alle außerhalb der Basis des untergerichtlichen Syllogismus und behalten diesen Charakter natürlich auch weiterhin bei. Für das Revisionsgericht rücken sie zur Be-

72) RGSt. 12, 126, 330; 54, 22; 64, 21; 65, 252; 66, 173; 67, 54; JW 1930, 3421 Nr. 37.

73) So Reichhold a.a.O., S. 38; Kautter a.a.O. S. 30; Beling, Strafprozeßrecht S. 419; Stenglein GS Bd. 46, S. 1 ff.; a. M. Kries, Lehrb., S. 348, 682.

74) Pohle, Revision und neues Strafrecht, 1930, S. 23.

75) A. A. Kautter, a.a.O., S. 31.

deutung von syllogismuserheblichen Tatsachen auf. Dennoch bleiben sie generisch, was sie sind, Tatsachen, von denen „nur die Zulässigkeit des untergerichtlichen Urteils, nicht aber seine hinsichtlich der Wichtigkeit an erster Stelle stehende inhaltliche Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit abhängt".

Reichhold schlägt für die Tätigkeit des Revisionsgerichtes die Bezeichnung „Nachweisung" vor [76]). Dieser Ausdruck ist, in diesem Zusammenhang gebraucht, schief. Nachweisen bedeutet soviel wie Nachweis führen, setzt also eine bestimmte Tätigkeit voraus, auf Grund deren jemand von der Wahrheit irgendeiner Tatsache überzeugt werden soll. Der Rechtsmittelwerber hat einen Beweis für die Richtigkeit seiner angeführten Tatsachen nur in wenigen Ausnahmefällen zu führen. Das Revisionsgericht hat überhaupt nichts nachzuweisen, sondern die angeführten Tatsachen sowohl hinsichtlich ihrer Feststellung durch das Untergericht, wie auch auf ihre Mangelhaftigkeit hin zu prüfen. Von einem „Nachweisführen" kann hierbei nicht die Rede sein.

Das RG hat in seiner Rechtprechung allmählich diejenigen Mittel und Wege herausgearbeitet, mit denen es seine Feststellungen trifft. Das Revisionsgericht kann neu herbeigezogene Akten verwerten [77]). Es kann amtliche Äußerungen einholen [78]). Es kann sich auch mit schriftlichen Äußerungen zu befragender Personen begnügen. Immerhin ist die Absicht des RG nicht zu verkennen, die Nachprüfung da zu versagen, wo es sich um umfangreiche Beweiserhebungen [79]), insbesondere um Zeugenvernehmungen handelt.

§ 7.

Das Sitzungsprotokoll und seine Bedeutung für die Revision wegen eines das Verfahren betreffenden Mangels.

1. Gemäß § 271 StPO ist über die Hauptverhandlung ein Sitzungsprotokoll aufzunehmen. Dieses ist vom Vorsitzenden des Gerichts und vom Urkundsbeamten zu unterschreiben. Es hat genau die in den §§ 272, 273 StPO aufgeführten Punkte zu enthalten, selbstverständlich der geschichtlichen Wahrheit entsprechend. Das Protokoll ist zwar in der Regel in der Hauptverhandlung selbst aufzunehmen, doch ist eine spätere Herstellung desselben vom Gesetze nicht untersagt und oftmals gar nicht anders möglich.

Es muß die Beobachtung aller „wesentlichen Förmlichkeiten" ersichtlich machen. Ordnungsschriften können nicht als wesentliche Förmlichkeiten angesehen werden [80]). Unter dem Begriffe „wesentliche Förmlichkeiten" [81]), der aus den früheren Landesgesetzen stammt, sind nicht die formalen Vorkommnisse im engeren Sinne zu verstehen, vielmehr fallen unter diesen

76) Reichhold, a.a.O., S. 38.
77) RGSt. 35, 370.
78) RGSt. 44, 120.
79) RGSt. 17, 288.
80) RGSt. 56, 66.
81) Gegensatz die Protokollierung einer Zeugenaussage.

Begriff alle wesentlichen Akte, wie überhaupt alle Vorgänge in der Hauptverhandlung, die Gegenstand einer eventuellen Verfahrensrechtsverletzung sein können. Demnach müssen protokolliert werden die Anträge durch die Prozeßbeteiligten, ebenso der Inhalt und die Begründung der im Laufe der Verhandlung ergangenen Entscheidungen, z. B. Verhandlung und Entscheidung über den Ausschluß der Öffentlichkeit.

In dieser Ausgestaltung bildet das Sitzungsprotokoll die Grundlage für das Rechtsmittelverfahren. Insbesondere ist es für die oberinstanzliche Prüfung maßgebend, ob in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise verfahren worden ist oder ob Verfahrensvorschriften unbeachtet geblieben sind; prozessuale Feststellungen im Urteil sind bedeutungslos. Das Urteil ist nicht der Ort, die prozessualen Vorgänge zu beurkunden. Bei einer eventuellen Abweichung zwischen Urteil und Niederschrift ist l e t z t e r e maßgebend.

Sodann ist die Sitzungsniederschrift, soweit eine für die Hauptverhandlung vorgeschriebene „Förmlichkeit" in Frage kommt, einzige und ausschließliche Beweisquelle. Sie führt Beweis nicht bloß für die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, sondern ebenso für alle Vorgänge, in denen eine Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften gefunden wird und die als Revisionsgrund geltend gemacht werden. Diesen Beweis erbringt es in positiver und negativer Richtung, d. h. das in der Sitzungsniederschrift Beurkundete gilt als geschehen, das Nichtbeurkundete gilt als nicht geschehen.

An dieser Beweiskraft wird auch dadurch nichts geändert, daß über die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Protokolls zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten Einverständnis besteht. Das Protokoll unterliegt in dieser Hinsicht in keiner Weise dem Einfluß der Prozeßbeteiligten. Die Vorschriften über seine Ausgestaltung sind mit Rücksicht auf die Natur des Strafprozesses nicht dispositiver Natur.

Stellt sich freilich im Wege des Gegenbeweises klar heraus, daß das Protokoll von dritter Seite in irgendeinem Punkte fälschlich angefertigt wurde, so verliert es für diesen seine Beweiskraft und äußert keine Wirkung.

2. Das Protokoll kann mit Mängeln behaftet sein. Es kann ein Vorgang im Verfahren unrichtig, unvollständig oder garnicht beurkundet sein. Solche Mängel können jedoch niemals Gegenstand einer besonderen Revisionsrüge sein, da das Urteil auf ihnen nicht beruhen kann. Der nach dem Gesetze notwendige Kausalzusammenhang fehlt zwischen Protokollinhalt und Urteil. Letzteres beruht auf den tatsächlichen Vorgängen der nach dem Grundsatze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit durchgeführten Hauptverhandlung und nicht auf dem Protokollinhalt. Das Urteil wird von dem Richter auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung, nicht auf Grund des Sitzungsprotokolls gefällt. Der Inhalt des Protokolls ist den Richtern bei Findung des Urteils in den wenigsten Fällen bekannt; es wird meistens erst später als das schriftliche Urteil fertiggestellt [82]). Eine Protokollrüge im Sinne der gegen den Inhalt des Sitzungsprotokolls

82) JW 1923, 349.

gerichteten Rüge ist stets unzulässig. Sie muß vielmehr gegen den durch die Niederschrift beurkundeten oder nicht beurkundeten Vorgang erhoben werden [83]).

Die Bedeutung des Protokolls ist lediglich die eines Beweismittels dafür, inwieweit sich die Hauptverhandlung im Rahmen der Vorschriften des Verfahrensrechts abgespielt hat, also auf Mängel, die es beweist, kommt es an, nicht auf solche, die es enthält. Es darf nicht das Protokoll, sondern es muß mit dem Protokoll gerügt werden. Die Wirkung der Mängel des Sitzungsprotokolls äußert sich lediglich darin, daß sie, insoweit sie vorliegen, die Beweiskraft desselben aufheben.

3. § 274 StPO läßt die Zulässigkeit und eventuelle Gebotenheit einer Berichtigung des ursprünglichen Sitzungsprotokolltextes durch Urkundsbeamten und Vorsitzenden des Gerichts unberührt. Die Bestimmungen des § 274 haben eben auf das Protokoll in seiner jeweils vorliegenden Gestalt Bezug. Auch inhaltlich steht diese Vorschrift der Berichtigung nicht entgegen; denn die Berichtigung bedeutet einen Widerruf der erfolgten protokollarischen Beurkundung und entzieht derselben, soweit dieser Widerruf reicht, die Beweiskraft, sodaß es eines Gegenbeweises nicht mehr bedarf [84]).

Besondere Beachtung verdienen die Grundsätze über die Berichtigung hinsichtlich ihres Einflusses auf das Rechtsmittelverfahren, insbesondere das Revisionsverfahren. Hierbei ist, wie folgt, zu unterscheiden: Ist die Berichtigung vor Einlegung der Revision erfolgt, so ist in dem betreffenden berichtigten Punkte nicht das Protokoll, sondern jene, wenn vielleicht auch in einem besonderen Schriftstücke enthaltene Erklärung der Entscheidung zugrundezulegen [85]).

Ist die Berichtigung dagegen nach Einlegung der Revision erfolgt, so war das RG früher der Ansicht, daß diese Berichtigung dann nicht zu berücksichtigen sei, wenn sie der bereits erhobenen Verfahrensrüge den Boden entziehen würde [86]). Es begründete diese Ansicht mit der Erwägung, daß ein einmal begründetes prozessuales Recht auf Urteilsbeseitigung des Rechtsmittelwerbers ihm nicht nachträglich wieder genommen werden dürfe. Nunmehr hat das RG in dieser Frage eine bedeutende Schwenkung vollzogen. Es berücksichtigt eine Berichtigung der Sitzungsniederschrift auch dann, wenn sie nach erhobener Verfahrensrüge zu deren Ungunsten vorgenommen worden ist [87]). Es ist zu begrüßen, daß das RG seinen formalen Standpunkt aufgegeben hat. Die hierfür vom Großen Senat angeführten Gründe sind in jeder Hinsicht durchschlagend: „Ziel des Strafprozesses ist es, mit möglichster Beschleunigung der Wahrheit und der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen. Deshalb kann es nicht angängig sein, daß das Revisionsgericht seiner Entscheidung einen Sachverhalt zugrunde zu legen hat, der der Wirklichkeit nicht entspricht.

83) RGSt. 42, 168; 48, 38.
84) JW Jahrg. 22, 335.
85) RGSt. 21, 200; 19, 367.
86) RGSt. 43, 1 (Vereinigte Strafsenate).
87) RGSt. 70, 241 = JW 1936, 3009 (Großer Senat für Strafsachen).

Das Urteil kann nicht auf Grund von angeblichen Verstößen aufgehoben werden, von denen feststeht, daß sie garnicht begangen worden sind." Demnach muß nunmehr eine Revision, die sich auf Verstöße stützt, die durch eine nachträgliche Protokollberichtigung ausgeräumt werden, als unbegründet verworfen werden.

§ 8.

Die sogenannte Erstreckung der Revision nach § 357 StPO.

1. Rechtfertigung der Sondervorschrift.

Der § 357 StPO bestimmt: „Erfolgt zugunsten eines Angeklagten die Aufhebung des Urteils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes und erstreckt sich das Urteil, soweit es aufgehoben wird, noch auf andere Angeklagte, welche die Revision nicht eingelegt haben, so ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls die Revision eingelegt hätten."

Um die endgültige Fassung dieser Vorschrift ist, wie die Protokolle der Reichstagskommission ergeben [88]), ein heftiger Streit entstanden. Der Abgeordnete Dr. von Schwarze schlug als erste Fassung vor: „Betrifft die Gesetzesverletzung noch andere Angeklagte, auf welche das Urteil sich miterstreckt, ohne daß sie gegen letzteres die Revision eingelegt haben, so ist zu erkennen, als ob sie gleichfalls dieses Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt hätten." Als Begründung für diesen Vorschlag führte er an, daß es eine Schädigung der Gerechtigkeit bedeuten würde, wenn einer von mehreren Komplizen auf Grund der von ihm eingelegten Revision von Strafe befreit werde, während die übrigen Komplizen, wenn sie dieselbe Revision eingelegt hätten, gleichfalls Freisprechung erlangt haben würden, nunmehr aber die Strafe an ihnen vollstreckt werde. Hier müsse die Wahrung der materiellen Gerechtigkeit vor der Befolgung des formalen Satzes von der Rechtskraft den Vorzug haben. Der Abgeordnete Dr. Bähr schlug statt der Fassung „Gesetzesverletzung" den engeren Ausdruck „Verletzung einer Norm des materiellen Rechts" vor mit der Begründung, daß bei Verletzung von Vorschriften des formalen Rechts eine Abänderung zugunsten der anderen Komplizen nicht stattfinde. Die letzteren können die Revision wegen Verletzung von Formvorschriften unterlassen haben, weil sie sich schuldig fühlen. Mit dieser Abänderung hat die Vorschrift gegen den Widerspruch des Regierungsvertreters, welcher dagegen geltend machte, daß sich der Formalismus der Rechtskraft im Prozeß nicht entbehren lasse, als § 318 a Aufnahme in den Entwurf gefunden.

Der Grundgedanke, der den Urheber der Vorschrift bei ihrer Begründung geleitet hat, ist in jeder Hinsicht zu billigen. Es ist mit der Würde des Staates nicht vereinbar und es trägt nicht zur Stärkung des Vertrauens des Volkes in die Rechtspflege, insbesondere in die Strafrechtspflege bei, wenn in einer Strafsache am Ende des Instanzenweges verschie-

---

88) Hahn, Mat. II, S. 614, 1032.

dene Urteile vorliegen, bloß deshalb, weil vielleicht ein Verurteilter gegen das ihn verurteilende Urteil ein Rechtsmittel eingelegt hat, der andere sich aber bei diesem Spruche beruhigt hat. Diese Tatsache einem nicht-juristisch vorgebildeten Volksgenossen aus dem Institute der Rechtskraft zu erklären, würde zum mindesten eine sehr schwierige Aufgabe sein. Es würde eine schwere Schädigung der Gerechtigkeit bedeuten, die zu erforschen aber Zweck des Strafprozesses ist, wenn ein Revisionsführer freigesprochen würde, die Tatgenossen aber, die keine Revision eingelegt haben, die ihnen zu Unrecht auferlegten Strafen verbüßen müßten. Die enge Zusammengehörigkeit, welche insbesondere bei objektivem Zusammenhange zwischen verschiedenen in einem Strafverfahren zu erledigenden Strafansprüchen des Staates besteht, läßt eine verschiedene Entscheidung gegenüber mehreren Angeklagten als eine schwere Ungerechtigkeit erscheinen. Diese Tatsache läßt sich auch nicht durch den Einwand entkräften, daß die Abänderung der Entscheidung von dem rein formalen Umstand abhängig gemacht werde, ob zufällig die mehreren Komplizen gleichzeitig und in demselben Prozeß abgeurteilt würden. Sei gegen sie gesondert verhandelt, so werde eine Abänderung der rechtskräftigen Erkenntnisse nicht möglich sein. Daß mehrere Täter in verschiedenen Strafverfahren verschiedenen Strafen unterworfen werden können, wird dem einzelnen Volksgenossen verständlicher erscheinen; denn er wird sich klarmachen müssen, daß die verschiedenen Gerichte nicht mit denselben Personen besetzt sind; daß aber verschiedene Richter verschiedene Ansichten haben können und deshalb auch nicht die gleichen Urteile fällen werden. Daß aber aus einem und demselben Prozesse zum Schlusse verschiedene Urteile vorhanden sind, d. h. mehrere Täter unterschiedlich abgeurteilt werden, wird ihm nie und nimmer einleuchten. Und doch wäre diese Folge unvermeidlich, wäre nicht die Vorschrift des § 357 in die StPO aufgenommen worden. Er durchbricht nach dem Vorbilde des gemeinen und partikulären Rechts in Deutschland für die geschilderten Fälle das Prinzip der partiellen Rechtskraft und weist das Rechtsmittelgericht an, so zu erkennen, als ob die übrigen Mitangeklagten ebenfalls das Rechtsmittel eingelegt hätten.

2. Ihre Bedeutung für die Revision wegen eines Verfahrensmangels.

So richtig an sich der Grundgedanke der genannten Vorschrift ist, so gänzlich verfehlt ist die in sie hineingetragene Unterscheidung zwischen Verletzung sachlichen und formellen Rechts und die Bestimmung, daß die Erstreckung nur bei Verletzung sachlichen Rechts zu erfolgen habe. Aus diesem Grunde kann auch der in der Reichstagskommission von dem Abgeordneten Dr. Bähr gestellte Antrag [89]), an die Stelle des umfassenderen Ausdrucks „Gesetzesverletzung“ die engere Wendung „Verletzung einer Norm des materiellen Rechts“ zu setzen, nicht verstanden werden. Die hierzu angeführte Begründung, daß die mehreren Komplicen die Revision wegen Verletzung von Formvorschriften deshalb unterlassen

89) Hahn, Mat. II (Bericht der Reichstagskommission) S. 1606.

haben, weil sie sich schuldig fühlten, trifft jedenfalls nicht zu. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Grund nicht auch vorliegen kann, wenn die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung wegen materieller Gesetzesverletzung erfolgt[90]). Auch hier liegt es doch durchaus im Bereiche der Möglichkeit, daß die anderen Tatgenossen die Revision wegen materieller Gesetzesverletzung unterlassen haben, weil sie sich schuldig fühlten. Trotzdem soll in diesem Falle die Aufhebung des Urteils zulässig sein. Also eine völlig willkürliche Unterscheidung, die jeglichen Grundes entbehrt. Sie liegt auch nicht im Willen des Urhebers der Vorschrift und trägt lediglich dazu bei, den gesunden Grundgedanken der Vorschrift zu verwischen. Die ratio der Vorschrift verlangt eine Ausdehnung der Rechtswohltat auf alle Fälle, in denen ein Urteil gegen einen Verurteilten auf Revision hin wegen irgendeiner Gesetzesverletzung, sei es einer sachlichen oder prozeßrechtlichen, aufgehoben wird[91]). Der Wortlaut der Vorschrift steht nicht entgegen; denn „Strafgesetz" bedeutet im weitesten Sinne sowohl formelles wie auch materiellles[92]).

Diese einen formalistischen Standpunkt ablehnende Ansicht entspricht auch durchaus dem heutigen nationalsozialistischen Rechtsdenken. Die Vorschrift des § 357 StPO in ihrer wörtlichen Fassung angewandt, kann nicht den Vorzug für sich in Anspruch nehmen, daß sie dem gesunden Volksempfinden entspräche. Im Gegenteil, wie schon oben geschildert, werden ihre Auswirkungen von keinem Volksgenossen, der nicht gerade Rechtswahrer ist, verstanden werden. Sie ist alles andere, nur nicht volksnah.

Ebenfalls für eine erweiternde Auslegung spricht sich Stern[93]) aus, mit der allgemeinen Begründung, daß in ein und derselben Sache widersprechende Urteile nicht bestehen bleiben können. Gegen eine erweiternde Auslegung hegt Oetker[94]) starke Bedenken. Er führt für seine Ansicht den Wert des Rechtskraftprinzips und den technischen Unwert der Bestimmung an.

Die bis jetzt herrschende Meinung ist dem Wortlaut des Gesetzes gefolgt und verweigert nach wie vor eine Aufhebung des Urteils zugunsten der Mitangeklagten wegen prozessualer Verstöße[95]). Das Schrifttum lehnt durchwegs die Erstreckung der Revision bei verfahrensrechtlichen Rügen ab, unterläßt es aber, eine ausreichende Begründung für die wiedergegebene Ansicht zu geben.

Auch die bisherige Lehre des Reichsgerichts steht auf diesem Standpunkt. Erst in einem neueren Urteil[96]) wird die Ansicht, daß die Verletzung eines Verfahrensgrundsatzes eine Anwendung des § 357 StPO nicht rechtfertigen kann, als durch die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts überholt bezeichnet. Liest man diesen Satz, so könnte man versucht

90) Ebenso Voitus, StPO, § 357 Anm.
91) Ebenso Schwinge, JW 1934, S. 773 Anm.
92) Schwinge a.a.O.
93) JW 1926, S. 1220 Anm.
94) JW 1931, S. 2525 Anm.
95) Stenglein, StPO § 357 Anm.; Löwe-Rosenberg StPO § 357 Anm. 2 b.
96) RGSt. 68 S. 18.

sein anzunehmen, das RG habe sich zu der richtigen Auffassung bekannt, daß auch bei verfahrensrechtlichen Verstößen die Aufhebung des Urteils gemäß § 357 zu geschehen habe. Dem ist jedoch nicht so. Es stellt für die Anwendung des § 357 lediglich den Mangel einer Verfahrensvoraussetzung der Verletzung materiellen Rechtes gleich, schließt aber die nur auf besondere Rüge zu beachtenden Verfahrensverstöße aus. Sie sind nach Ansicht des RG nach wie vor nicht geeignet, die Aufhebung des Urteils zugunsten der Mitangeklagten zu veranlassen. Die eben erwähnte Gleichstellung begründet das RG damit, daß die Verfahrensvoraussetzungen von Amts wegen zu beachten seien, was sie von den gewöhnlichen Verfahrensverstößen grundlegend unterscheide. Der Gedanke der wirklichen Gerechtigkeit erfordere es, daß die Aufhebung des Urteils auch dann den anderen Mitangeklagten zustatten komme, wenn die — selbst ohne Rüge — von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen ergebe, daß das Verfahren sowohl gegenüber dem Beschwerdeführer als auch gegenüber einem Mitangeklagten, der keine Revision eingelegt hat, unzulässig sei.

Das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung des höchsten deutschen Gerichts ist richtig. Es wird nicht verkannt, daß dieses Erkenntnis einen erheblichen Fortschritt in der richtigen Auslegung der Vorschrift des § 357 bedeutet. Ihrer Begründung kann jedoch mit Rücksicht auf die obigen Ausführungen nicht in jedem Punkte beigestimmt werden. Zutreffend ist, wenn das RG, im Einklang mit seiner neuen Rechtsprechung, hinsichtlich der Behandlung der Verfahrensvoraussetzungen bei Fehlen einer solchen das von einem Angeklagten angefochtene Urteil auch zugunsten der anderen aufhebt. Dies verlangt die ratio des § 357. Unrichtig und mit der im Urteil besonders stark betonten wirklichen Gerechtigkeit in keiner Weise zu vereinbaren ist der Satz des RG: „Die nur auf besondere Rüge zu beachtende Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren soll von dem Geltungsbereich der Vorschrift des § 357 ausgeschlossen sein. Bloße Verfahrensverstöße geltend zu machen, soll jedem Angeklagten selbst überlassen bleiben; hat ein Mitangeklagter sie nicht als so schwerwiegend empfunden, um ihretwegen Revision einzulegen, so erfordert es die wirkliche Gerechtigkeit auch nicht, die auf die Revision eines anderen Angeklagten wegen eines Verfahrensverstoßes auszusprechende Aufhebung des Urteils auf ihn auszudehnen." Das RG übersieht bei diesen Ausführungen, daß die für die Ablehnung der Ausdehnung bei Verfahrensverstößen geltend gemachten Gründe ebenso gut auch bei Verletzungen sachlichen Rechtes zutreffen können. Auch bei diesen ist es doch möglich, daß der Verurteilte die Revision unterlassen hat, weil sie ihm nicht schwer genug waren und sich deshalb bei der ersten Verurteilung beruhigt hat. Die Tatsache, daß diejenigen Angeklagten, die die Revision nicht eingelegt haben, die Verletzung des Verfahrensrechts vielleicht nicht so schwer empfunden haben, kann also nicht als Begründung für die Ablehnung der Aufhebung des Urteils nach § 357 angeführt werden. Andererseits ist es doch durchaus möglich, daß der Angeklagte die Verfahrensverletzung als außerordentlich schwer empfunden hat, aber aus irgendeinem Grunde

seines Rechtsmittels verlustig gegangen ist. Das RG muß hier sagen, obwohl du, Angeklagter, den Verfahrensverstoß als sehr schwer empfunden hast, kann ich dir nicht helfen, und muß die Erstreckung ablehnen. Entscheidend kann also nicht sein, welche Beweggründe den Angeklagten zur Unterlassung des Rechtsmittels veranlaßt haben. Vielmehr ist ausschlaggebend, was die Gerechtigkeit fordert.

Die Ablehnung der Erstreckung bei Verfahrensverstößen kann auch nicht damit begründet werden, daß das Verfahrensrecht von minderer Bedeutung sei. Leidet ein Urteil an einem Mangel, so muß es der Aufhebung verfallen, ganz gleich, ob dieser Mangel durch Verletzung sachlichen oder formellen Rechtes verursacht wurde. In jedem Falle fordert es die Gerechtigkeit und das Ansehen des Staates, daß soche Urteile aufgehoben werden. Ein aus einem mangelhaften Verfahren hervorgegangenes Urteil wiegt mit seiner Mangelhaftigkeit genau so schwer, wie ein solches, das mit einem sachlichen Mangel behaftet ist. Ist das aber der Fall, so ist nicht einzusehen, warum bei einem Verfahrensverstoß die Erstreckung der Aufhebung des Urteils gemäß § 357 StPO nicht stattfinden soll.

3. Hat die Aufhebung des Verbots der reformatio in peius auch auf die sog. Erstreckung der Revision einen Einfluß?

Die Erstreckung der Revision setzt bekanntlich Aufhebung des Urteils zugunsten eines Mitangeklagten voraus. Demgemäß war im Geltungsbereich des bisherigen § 358 Abs. 2 StPO eine „Verböserung“ gegenüber dem Angeklagten, auf den die Aufhebung des Urteils sich erstreckte, ebensowenig zulässig wie gegenüber dem Angeklagten, der selbst oder zu dessen Gunsten die Staatsanwaltschaft Revision eingelegt hat. Nunmehr läßt § 358 Abs. 2 die Verböserung zu. Deshalb ergibt sich die Frage, ob § 357 für die anderen Angeklagten, auf die sich die Aufhebung erstreckt, noch gilt, mit anderen Worten, ob diese Aufhebung des Verbotes der Schlechterstellung auch diese Angeklagten ergreift. Die Frage wurde bislang im Schrifttum verschieden beantwortet. Wiers [97]) kommt zu der grundsätzlichen Annahme, daß die Aufhebung des Verbotes der Verböserung kein allgemeines Prinzip sei und deshalb ihre Zulässigkeit im Anwendungsbereich des § 357 abzulehnen sei. Er glaubt aber, diese Auslegung nicht mit der gesunden Volksanschauung vereinbaren zu können und empfiehlt eine Anwendung des § 357 sowohl bei Aufhebung zugunsten wie auch zu ungunsten des Angeklagten. Schwarz [97]) widersetzt sich de lege lata dieser Auslegung: Die Änderung des § 358 Abs. 2 beschränkt sich auf die dort aufgezählten Fälle. Sie umfaßt nicht auch die kraft Gesetzes (§ 357) vorzunehmende Aufhebung zugunsten eines Mitangeklagten. Für ihn ist es bei dem bisherigen, nur zugunsten des Mitangeklagten wirksamen Rechte geblieben. Schwarz ist aber de lege ferenda der Ansicht, daß § 357 mehrfach geändert werden müsse. Insbesondere müßte die Aufhebung auch zu ungunsten des Angeklagten durch eine „Kann“-Vorschrift möglich gemacht werden. Inzwischen hat auch das

97) Wiers, DJZ 1936 S. 172; Schwarz, DJZ 1936, S. 216; Deutsches Strafrecht 1935, S. 255, 280.

RG in einer Entscheidung vom 4. 6. 1936[98]) zu der Frage Stellung genommen und die Anwendbarkeit des § 358 Abs. 2 im Bereiche des § 357 verneint. Die wörtliche Beibehaltung der alten Fassung des § 357 spreche für die Ansicht, daß keine Änderung beabsichtigt gewesen sei. Die Voraussetzung, daß das Urteil zugunsten eines Revisionsführers aufgehoben werde, sei auch durch das Reichsgesetz vom 28. 6. 1935 beibehalten worden. Diese Ansicht ist nach dem geltenden Rechte zu billigen. Im übrigen ist de lege ferenda den Ausführungen von Schwarz zu folgen. Eine nähere Stellungnahme erübrigt sich an dieser Stelle. Sie würde aus dem Rahmen dieser Abhandlung fallen. Hier war in der Hauptsache zu untersuchen, ob nach geltendem Rechte die Vorschrift des § 357 auch auf die Revision wegen eines Verfahrensmangels Anwendung finden kann.

§ 9.

Die Auswirkungen der Notverordnung vom 14. 6. 1932 auf die Vorschrift des § 340 StPO.

Ist diese Vorschrift heute gegenstandslos?

Der § 340 StPO bestimmt in seiner derzeitigen Fassung, daß in den Fällen, in denen die Revision statt der Berufung eingelegt wird (§ 335), die Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren nur auf Verletzung des § 358 gestützt werden kann. Die sog. Sprungrevision des § 335 konnte also mit der einzigen hier nicht interessierenden Ausnahme der Verletzung des § 358 StPO nur auf Verletzung einer „anderen", also materiellen Rechtsnorm gestützt werden. Demgegenüber bestimmt die Notverordnung vom 14. 6. 1932 (RGBl. I S. 285) in der Fassung des Gesetzes vom 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 844) in ihrem § 1 Art. 2 Kap. I 1. Teil, daß gegen die Urteile des Amtsgerichts nach Wahl der Berechtigten die Berufung an das Landgericht oder Revision an das Oberlandesgericht stattfindet. Für diese Revision der Notverordnung hat sich die Bezeichnung „Wahlrevision" eingebürgert. Wenn auch nicht verkannt wird, daß diese Benennung nicht ganz klar ist, so soll sie mit Rücksicht auf ihren mehrjährigen Gebrauch auch in dieser Abhandlung beibeahlten werden.

Mit Inkrafttreten der Notverordnung ist nun die für die Praxis außerordentlich wichtige Frage aufgetreten, ob der bisherige die Sprungrevision stark einschränkende § 340 auch auf die ganz allgemein gehaltene Vorschrift der Notverordnung Anwendung findet, mit anderen Worten, ob die sog. Wahlrevision der Notverordnung ebenfalls nur auf Verletzung einer materiellen Rechtsnorm gestützt werden kann, oder ob diese, frei von jener Beschränkung, auch eine Begründung zuläßt, die eine Rüge der Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren enthält. Das Schrifttum und die Rechtsprechung weisen trotz der Länge der Zeit, während der diese Frage zu lösen versucht wurde, heute noch eine große Uneinheitlichkeit auf. Die Ansichten der Oberlandesgerichte sind sehr

98) RGSt. 70, 229 = JW 1936, 3003 = DJustiz 1936, 1133.

geteilt. Während die OLG Düsseldorf [99]), Köln [100]), Stuttgart [101]), Kassel [102]), und neuestens das OLG Hamm [103]) die Prozeßrügen auch für die Wahlrevision als ungeeignet erachten, sprechen sich das KG Berlin [104]), die OLG Jena [105]) und Celle [106]), sowie unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Ansicht das OLG Dresden [107]) und das ehemalige Bay. ObLG [108]), ebenfalls unter Änderung der früheren Ansicht, für eine verschiedene Behandlung der Wahlrevision und der Sprungrevision aus, weisen also eine Anwendung des § 340 auf die Wahlrevision ab.

Das Schrifttum ist in der Lösung der strittigen Frage ebenfalls geteilter Meinung. Die Anwendbarkeit des § 340 auf die Wahlrevision wird bejaht von Koffka-Schäfer [109]), und Schwarz [110]). Sie wird verneint von Kohlrausch [111]), Doerr [112]) und Oetker [113]) in der Besprechung des nachstehend erwähnten reichsgerichtlichen Urteils.

Das RG hat sich in einem Urteil vom 15. 12. 1932 [114]) in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Oberreichsanwalts dahin ausgesprochen, daß der § 340 auf die Wahlrevision unanwendbar sei.

Die Streitfrage ist im Sinne der Ansicht des RG zu entscheiden. Wahlrevision und Sprungrevision sind nicht wesensgleich. Eine Anwendung des § 340 auf die Vorschrift in Teil 1 Kap. 1, Kap. 2, § 1, Nr. 1 der Notverordnung ist nicht möglich. Zwar werden sowohl die Wahlrevision wie auch die Sprungrevision „statt der Berufung" eingelegt. Jedoch aus dieser Tatsache allein den Schluß ziehen, daß beide Rechtsinstitute gleich zu behandeln seien, hieße einen logisch fehlerhaften Schluß ziehen. Die Verweisung in § 340 auf § 335, durch den die frühere Sprungrevision geregelt war, zeigt vielmehr, in welchem Sinne die Wendung „statt der Berufung eingelegt" zu verstehen ist [115]).

99) DRZ Rspr. 1932, Nr. 850: „Revision" ist „statt der Berufung" eingelegt.

100) HRR 133, Nr. 1904: „Die Notverordnung wollte die Rechtsmittel „beschränken".

101) JW 1933, 1611.

102) JW 1933, 488: „Eine Aufhebung des § 340 StPO entspricht nicht dem praktischen Bedürfnis".

103) JW 1934, 147, Nr. 17.

104) JW 1933, 486: „Das Maß der Beschränkung muß aus der Notverordnung selbst entnommen werden, eine entsprechende Anwendung anderer rechtsbeschränkender Ausnahmevorschriften ist abzulehnen."

105) HRR 1933, Nr. 1722; DRZ Rspr. 1933, 567: „Wahlrevision ist ein ganz anders geartetes Rechtsmittel, als die Sprungrevision."

106) HRR 1933, Nr. 1989: „Die zwangsweise Einschränkung der Wahlrevision lediglich auf materielle Rügen ist von der Notverordnung nicht beabsichtigt."

107) DRZ Rspr. 1933, 767 = Sächs. Archiv 1934, 106.

108) DRZ Rspr. 1933, Nr. 204, 280; nunmehr HRR 1934, Nr. 1085.

109) Die Vorschriften über die Strafrechtspflege in der Verordnung vom 14. 6. 1932, S. 39, 43.

110) StPO, 4. Aufl., § 340, Anm. 1.

111) a.a.O., S. 337.

112) StPO § 313, Anm.

113) JW 1933, 951 Anm.

114) RGSt. 67, 57 = JW 1933, 950 Nr. 5.

115) Weh, JW 1936, 2253, Ziff. 2.

Auszugehen ist bei Lösung der ganzen Frage von dem Zwecke der einzelnen Vorschriften. Hierbei erheben sich ganz grundlegende Unterschiede. Die Vorschriften des § 335 und 340 gehen von der nicht zu übersehenden Voraussetzung aus, daß dem Rechtsmittelwerber an sich Berufung und nach „durchgeführter" Berufung auch noch die uneingeschränkte Revision gegen das Berufungsurteil zusteht, das es ihm aber, falls er die Sprungrevision wählt, lediglich auf eine Nachprüfung der sachlichrechtlichen Seite des Urteils ankommt. Diese Einschränkung des für einen solchen Sonderfall durch § 34 der Verordnung vom 4. 1. 1924 verliehenen Anfechtungsrechtes bezweckte weder, noch bewirkte sie eine Benachteiligung des Rechtsmittelwerbers. Sie war, wie Oetker richtig erwähnt, „eine Rechtswohltat"; mit der Sprungrevision wollte der Gesetzgeber dem Rechtsmittelwerber ein Mittel an die Hand geben, mit dem er schneller als auf dem sonstigen gewöhnlichen Instanzenwege eine Entscheidung des Revisionsgerichts herbeiführen konnte. Lediglich das Verfahren sollte durch die Sprungrevision beschleunigt werden. Die Ausführungen Wehs, daß heute von der Einlegung der Revision die Revisibilität des Urteils abhänge, sind schief. Auch heute ist ohne Einlegung der Revision das amtsgerichtliche Urteil an sich revisibel. Der Unterschied zwischen dem heutigen und früheren Rechtszustand ist vielmehr der, daß heute das Urteil seine Revisibilität durch Einlegung der Berufung verliert. Die Sprungrevision sollte bei geklärtem Sachverhalt eine rasche Entscheidung des strittigen Rechtspunktes ermöglichen. Wer sie ergriff, war mit den tatrichterlichen Feststellungen einverstanden. Eine nochmalige Tatsacheninstanz sollte ihm deshalb erspart bleiben. Hatte er die tatrichterlichen Feststellungen zu bemängeln, so stand ihm — ausgenommen die Fälle des § 313 StPO — zuerst die Berufung zur Verfügung. Die Einführung der Sprungrevision sollte also einzig und allein dem Rechtsmittelwerber eine Vereinfachung des Verfahrensganges gewähren. Als solche konnte sie auch einer besonderen Einschränkung unterworfen werden, wie sie eben der Ausschluß von Verfahrensrügen darstellt. (§ 340 StPO) [116]).

Die genannte Notverordnung hat für die bestehende Rechtsmittelordnung umwälzende Änderungen gebracht. Sie gewährt gegen Urteile des Amtsrichters und Schöffengerichts an Stelle der bisherigen Rechtsmittel, nämlich Berufung **und** Revision, nur Berufung **oder** Revision. (Teil I Kap. 1 Art. 2 § 1 Nr. 1 der Notverordnung vom 14. 6. 1932). Der Rechtsmittelwerber hat nicht mehr die Wahl zwischen folgenden Instanzenwegen: Berufung — Revision oder Revision (Sprungrevision) allein, er hat nunmehr nur ein Rechtsmittel zur Verfügung, nämlich Berufung oder Revision. Ein dritter Rechtszug steht ihm nicht mehr zur Verfügung. Legt nach dem jetzigen Rechtszustand der Rechtsmittelwerber Berufung ein, so ist ihm die Revisionsmöglichkeit genommen. (Teil I, Kap. 1 Art. 2 § 1 Nr. 1 Abs. 2). Mit Abschluß der Berufungsinstanz ist ihm eine weitere Instanz verschlossen. Ergreift der Rechtsmittelführer „statt der Berufung" die Revision, so wird der Grund hierfür in wenigen Fällen eine schnellere Eröffnung der Revisionsinstanz sein, vielmehr wird

116) Weh, a.a.O.

die Ergreifung der Revision den Zweck haben, die Revisionsinstanz überhaupt erreichen zu können [117]). Wer also jetzt das Rechtsmittel der Revision einlegt, tut dies nicht, um eine ihm vom Gesetzgeber gewährte „Rechtswohltat" auszunützen, sondern, um eine Nachprüfung der Entscheidung im Rechtspunkte zu ermöglichen. Wird gegen ein amtsgerichtliches Urteil Revision eingelegt, so bedeutet dies jetzt lediglich einen Vollzug der Wahl zwischen Berufung oder Revision. Der Rechtsmittelwerber hat hierbei keine Rechtsmittelinstanz übersprungen. Es besteht deshalb auch keine Veranlassung, ihm die Revision zu beschränken.

Wählt heute der Anfechtende die Revision, so kann nicht unterstellt werden, daß er auf eine Nachprüfung der Entscheidung auf Verfahrensverstöße hin verzichtet. Deshalb kann nicht angenommen werden, daß die Notverordnung, wenn sie schon dem Verurteilten nur ein Rechtsmittel nach seiner Wahl an die Hand gibt, die Revision als eine durch § 340 eingeschränkte zur Verfügung stelle. Die Benachteiligung der Parteien wäre eine zu große. Es sind keine Anhaltspunkte in der Notverordnung gegeben, daß der Gesetzgeber eine derart weitgehende Beschränkung der Parteien gegenüber der erstrebten Entlastung der Gerichte in Kauf nimmt. Allerdings heißt es in der Notverordnung: Die Rechtsmittel in Strafsachen, die zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, werden wie folgt beschränkt. Diese Beschränkung ist aber auch dann vorhanden, wenn die Wahlrevision sowohl wegen sachlich-rechtlicher wie auch wegen verfahrensrechtlicher Gesetzesverletzungen möglich ist. Es bedeutet Beschränkung genug, wenn die Zulässigkeit zweier Rechtsmittel auf ein einziges herabgesetzt wird. Die Behauptung, daß die Gerichte durch Zulassung beider Gesetzesverletzungen für die Wahlrevision mehr belastet würden, wird widerlegt durch die Tatsache, daß der dritte Rechtszug ja sowieso genommen ist. Damit ist der eine Zweck der Notverordnung, nämlich Entlastung der Gerichte erreicht.

Auch der Einwand kann nicht durchgreifen, daß bei Bejahung der Anwendbarkeit des § 340 auf die Wahlrevision der von der Notverordnung weitere erstrebte Zweck der Ersparnis und Beschleunigung vereitelt werde. Die Nichtbeschränkung der Wahlrevision erweitert weder, noch vermehrt sie die bisherigen Rechtsmittel. Es bleibt auch in ihrem Falle bei der Wegnahme der 3. Instanz und der Zulassung nur einer Tatsacheninstanz.

Das OLG Jena weist noch auf einen höchst bemerkenswerten Punkt hin. Es führt an, daß es eine erhebliche Unstimmigkeit wäre, wenn bei den Bagatellsachen des § 334 StPO (Ersatzrevision) die Revision uneingeschränkt zulässig wäre, bei den wichtigeren amtsgerichtlichen Sachen die Revision auf Verletzung von Verfahrensvorschriften nicht gestützt werden könne.

Richtig ist allerdings, daß die hier vertretene Auffassung den § 340 zwar nicht ungültig, aber gegenstandslos macht. Diese Tatsache allein ist aber nicht geeignet, die Fortgeltung des § 340 und seine Anwendbarkeit

---

117) Weh, a.a.O., S. 2254.

im Bereiche der Wahlrevision zu bejahen. Das Gegenteil annehmen, hieße einen sehr formalen Standpunkt einnehmen. Berücksichtigt man den Charakter der Notverordnung, der sich zu einem großen Teil schon aus der Bezeichnung „Not"verordnung ergibt, so kann man ohne Irrtum annehmen, daß diese bewußt auf ausdrückliche Änderungen der StPO verzichtet hat. Außerdem trägt die Notverordnung mit ihren Vorschriften den Stempel der vorübergehenden Geltung an sich [118]).

Die Verweisung Wehs auf die Vorschrift der Ersatzrevision (§ 334) ist für die vorliegende Frage unbehelflich. Daraus, daß auf die Ersatzrevision die Vorschrift des § 340 keine Anwendung findet, kann nicht mit zwingender Notwendigkeit geschlossen werden, daß sie auch nicht für die Wahlrevision gelte. Außerdem richtet sich die Ersatzrevision nur gegen amtsrichterliche Urteile (§ 334), während sich die Wahlrevision allgemein gegen amtsgerichtliche (also amtsrichterliche und schöffengerichtliche) wendet.

Die vorstehende Gegenüberstellung hat den Beweis erbracht, daß die von der Notverordnung eingeführte Wahlrevision nicht eine beschränkte im Sinne des § 340 ist, daß vielmehr § 340 durch diese gegenstandslos geworden und die Wahlrevision eine sog. uneingeschränkte Revision im Sinne des § 334 StPO ist [119]).

---

118) Ebenso Weh a.a.O.

119) Vgl. noch die Urteile vom Bay. ObLG (DRZ Rspr. 1933, Nr. 280) und vom OLG Hamm (JW 1935, 147, Nr. 17): Beide Urteile stellen sich auf den Standpunkt, daß eine mit unzulässigen Verfahrensrügen begründete Revision in entsprechender Anwendung des Art. 2 § 1 Nr. 4 Abs. 3 Kap. 1 Teil 1 der Notverordnung als Berufung zu bewerten sei.